

Kündigungsschutz der Arbeitnehmer in den Nachbarländern der Schweiz

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
FELIX RÜEGG
von Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1981

1982

Kündigungsschutz der Arbeitnehmer in den Nachbarländern der Schweiz

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
FELIX RÜEGG
von Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1981

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 15. Juli 1981

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	12
Abkürzungsverzeichnis	24
EINLEITUNG	29
1. K A P I T E L : K U E N D I G U N G S S C H U T Z I N D E R S C H W E I Z	31
§ 1 EMPFEHLUNG NR. 119 DER INTERNATIONALEN ARBEITS- KONFERENZ	31
§ 2 ZUR GESCHICHTLICHEN ENTWICKLUNG DES KUENDIGUNGS- SCHUTZES IN DER SCHWEIZ	32
§ 3 ZUR RECHTSMISSBRAEUCHLICHEN KUENDIGUNG	37
§ 4 ZUR HAERTEKLAUSEL	44
§ 5 REFORMBESTREBUNGEN	46
2. K A P I T E L : K U E N D I G U N G S S C H U T Z N A C H D E M R E C H T D E S B E N A C H B A R - T E N A U S L A N D E S	49
1. ABSCHNITT: EINLEITUNG	49
§ 6 BEGRIFFSBESTIMMUNGEN	49
§ 7 HISTORISCHE ENTWICKLUNG DES ALLGEMEINEN KUENDIGUNGS- SCHUTZES	50
2. ABSCHNITT: ALLGEMEINER KUENDIGUNGSSCHUTZ GEMAESS GELTENDEM RECHT	53
§ 8 BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND	53
A. Sachliche Einschränkungen der ordentlichen Kündigung	53
1. Unwirksamkeit sozialwidriger Kündigungen	53
2. Die zulässigen Kündigungsgründe	54

a) Personenbedingte Kündigung	54
b) Verhaltensbedingte Kündigung	54
c) Betriebsbedingte Kündigung	55
3. Soziale Auswahl	56
4. Erweiterung des Kündigungsschutzes bei Widerspruch des Betriebsrats	57
B. Kündigungsverfahren	57
1. Anhörung des Betriebsrats	57
2. Widerspruch des Betriebsrats	58
3. Einspruch des Arbeitnehmers beim Betriebsrat	58
C. Kündigungsschutzverfahren	58
1. Kündigungsschutzklage	58
a) Anfechtungsfrist	58
b) Inhalt des Klagebegehrens	59
c) Beweislast	60
d) Nachschieben von Kündigungsgründen	60
D. Urteil	60
1. Zulässige Kündigung	60
2. Sozialwidrige Kündigung	61
a) Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses	61
b) Gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses	61
c) Kündigungsabfindung	63
E. Provisorische Weiterbeschäftigung gemäss § 102 Abs. 5 BetrVG	63
1. Voraussetzungen	63
2. Inhalt	64
3. Durchsetzung	64
a) Ordentliche Klage	64
b) Einstweilige Verfügung	65

4.	Entbindung des Arbeitgebers von der Weiterbeschäftigungspflicht	65
F.	Provisorischer Weiterbeschäftigungsanspruch und allgemeiner Beschäftigungsanspruch	66
G.	Änderungskündigung	66
1.	Allgemeines	66
2.	Regelung des Kündigungsschutzgesetzes	67
H.	Allgemeiner Kündigungsschutz und ausserordentliche Kündigung	68
I.	Andere Unwirksamkeitsgründe der Kündigung und Verhältnis zur Sozialwidrigkeit des Kündigungsschutzgesetzes	68
1.	Sittenwidrige Kündigung	68
2.	Gegen Treu und Glauben verstossende Kündigung	69
3.	Allgemein gesetzwidrige Kündigung	69
4.	Verstoss gegen vertragliche Kündigungsbeschränkungen	69
K.	Geltungsbereich der allgemeinen Kündigungsschutzvorschriften	70
§ 9	OESTERREICH	70
A.	Kollektivrechtliches Kündigungsschutzkonzept	70
B.	Kündigungsverfahren	71
1.	Verständigung des Betriebsrats	71
a)	Ordentliche Kündigung	71
b)	Ausserordentliche Kündigung	72
2.	Wirkung der Stellungnahme des Betriebsrats	72
a)	Zustimmung	72
b)	Widerspruch oder Stillschweigen	73
3.	Mitteilung der Kündigung an den Betriebsrat	73
C.	Anfechtung der Kündigung	74
1.	Anfechtungsgründe	74

2.	Zur Motivkündigung	74
3.	Zur sozialwidrigen Kündigung im engeren Sinne	74
a)	Personenbedingte Kündigungsgründe	75
b)	Betriebsbedingte Kündigungsgründe	76
c)	Sozialvergleich	77
4.	Sozialwidrigkeit der ausserordentlichen Kündigung	78
D.	Anfechtungsverfahren	78
1.	Einigungsamt	78
2.	Beweislast	79
E.	Wirkungen der erfolgreichen Anfechtung	80
F.	Aenderungskündigung	81
G.	Geltungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes gemäss ArbVG	82
H.	Allgemeiner Kündigungsschutz in Spezialgesetzen	83
1.	Vertragsbedienstetengesetz (VBG)	83
2.	Schauspielergesetz (SchSpG)	84
§ 10	ITALIEN	85
A.	Die zulässigen ordentlichen Kündigungsgründe	85
1.	Erhebliche Vertragsverletzung	85
2.	Betriebsbedingte Kündigungsgründe	86
3.	Anfechtbarkeit	88
B.	Repressive und diskriminierende Kündigung	88
1.	Nichtigkeit solcher Kündigungen	88
2.	Wirkung der Nichtigkeit	88
3.	Geltendmachung der Nichtigkeit	89
C.	Kündigungsverfahren	89
D.	Kündigungsanfechtungsverfahren	90

E.	Beweislast	91
F.	Rechtsfolgen der widerrechtlichen Kündigung	91
1.	Regelung des Kündigungsschutzgesetzes	91
2.	Regelung des Arbeitnehmerstatuts	92
a)	Wiedereingliederung (reintegrazione)	93
b)	Lohnfortzahlung	93
c)	Schadenersatz	93
d)	Vollstreckbarkeit des Urteils 1. Instanz	94
e)	Wirkungen auf den Arbeitsvertrag	94
f)	Kritik	95
G.	Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes und des Arbeitnehmerstatuts	96
1.	Abgrenzungskriterien	96
2.	Vom allgemeinen Kündigungsschutz ausgeschlossene Arbeitnehmer	96
3.	Betriebliche Kriterien	97
§ 11	FRANKREICH	98
A.	Kündigungsverfahren	98
1.	Unterredung	98
2.	Kündigungsschreiben	99
3.	Mitteilung der Kündigungsgründe	99
4.	Geltungsbereich	99
B.	Behördliche Bewilligung der Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen	100
C.	Sachlicher Kündigungsgrund der cause réelle et sérieuse	101
1.	Cause sérieuse	101
2.	Cause réelle	101
3.	In der Praxis relevante Kündigungsgründe	102
a)	Schuldhaftes Vertragsverletzung durch den Arbeitnehmer	102

b) Unverschuldete Kündigungsgründe	102
c) Betriebsbedingte Kündigungsgründe	102
D. Anfechtung und Rechtsfolgen der widerrechtlichen Kündigung	103
1. Beweislast im Prozess	103
2. Sanktionen der nicht formgerechten Kündigung	103
3. Rechtsfolgen der sachlich ungerechtfertigten Kündigung	103
a) Fakultative Wiedereinstellung (réintégration)	105
b) Abfindung	105
c) Rückzahlung der Arbeitslosengelder	106
3. ABSCHNITT: ANMERKUNGEN ZUM ALLGEMEINEN KUENDIGUNGSSCHUTZ	106
§ 12 ZUM SACHLICHEN KUENDIGUNGSGRUND	106
A. Betriebsinteresse als Ausgangspunkt	106
B. Einschränkung dieses Grundsatzes mittels Interessenabwägung	107
C. Allgemeiner Kündigungsschutz nur bei Vorliegen eines besonderen Arbeitnehmerinteressens?	110
§ 13 ZU DEN RECHTSFOLGEN DER WIDERRECHTLICHEN KUENDIGUNG	111
A. Bedeutung der richterlichen Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses	111
B. Zur Kündigungsabfindung und zur alternativen, fakultativen Wiedereinstellung	114
C. Provisorische Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers während des Kündigungsschutzprozesses	116
4. ABSCHNITT: EXKURS	120
§ 14 BEFRISTETES ARBEITSVERHAELTNIS	120
A. Frankreich	120

B.	Italien	122
1.	Notwendigkeit eines sachlichen Grundes der Befristung	122
2.	Schriftlichkeit der Befristungsabrede	123
3.	Verlängerung	123
4.	Leitende Angestellte	123
C.	BRD und Oesterreich	124
5.	ABSCHNITT: BESONDERER KUENDIGUNGSSCHUTZ	124
§ 15	BRD	124
A.	Betriebsratsmitglieder	124
1.	Grundsatz: absolutes Kündigungsverbot	124
2.	Ausnahmen	125
a)	Ausserordentliche Kündigung	125
b)	Ausnahmsweise ordentliche Kündigung	125
3.	Beginn und Ende des Kündigungsschutzes	125
B.	Mitglieder anderer Arbeitnehmervertretungen	126
C.	Exkurs: Repressionsverbot	126
D.	Mutterschutz	126
1.	Kündigungsschutz	126
a)	Allgemeines Kündigungsverbot	126
b)	Ausnahmen	127
2.	Sonderkündigung durch die Arbeitnehmerin	127
3.	Erhalt von Rechten	127
E.	Militärdienst	128
1.	Ruhe des Arbeitsverhältnisses	128
2.	Kündigungsverbot	128
3.	Ausserordentliche Kündigung	128
4.	Kündigungsanfechtung	128

F.	Schwerbehinderte	129
1.	Beschäftigungspflicht	129
2.	Kündigungsschutz	129
G.	Krankheit	129
1.	Kein erhöhter Kündigungsschutz	129
2.	Lohnfortzahlung im Krankheitsfall	130
H.	Weitere Arbeitnehmer	131
§ 16	OESTERREICH	131
A.	Betriebsratsmitglieder	131
1.	Vorgängige Zustimmung des Einigungsamtes	131
2.	Ordentliche Kündigungsgründe	132
3.	Ausserordentliche Kündigung	133
4.	Rechtsfolgen	133
5.	Beginn und Ende des Kündigungsschutzes	134
B.	Mutterschutz	134
1.	Kündigungsschutz	134
2.	Mutterschaftsurlaub	135
C.	Invalide	136
1.	Beschäftigungspflicht	136
2.	Kündigungsschutz	136
D.	Militärdienst	136
E.	Lehrlinge	137
F.	Krankheit und Unfall	137
§ 17	FRANKREICH	138
A.	Arbeitnehmervertreter	138
1.	Allgemeines	138
2.	Zustimmung des comité d'entreprise zur Kündigung	138

3.	Zustimmung des Arbeitsinspektors	139
4.	Rechtsfolgen der Verletzung der Verfahrensvorschriften	139
a)	Zivilrechtliche Folgen	139
b)	Strafrechtliche Folgen	140
5.	Suspendierung (mise à pied)	140
6.	Beginn und Ende dieses besonderen Kündigungsschutzes	142
7.	Arbeitnehmervertreter mit befristeten Arbeitsverträgen	142
8.	Gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses	142
B.	Krankheit	143
1.	Ruhen des Arbeitsverhältnisses	143
2.	Höhere Gewalt	143
3.	Kollektivverträge	144
C.	Mutterschutz	144
1.	Absolutes Kündigungsverbot	144
2.	Relatives Kündigungsverbot	145
3.	Mitteilung der Schwangerschaft an den Arbeitgeber	145
4.	Rechtsfolgen der rechtswidrigen Kündigung	145
5.	Adoption	146
6.	Elternurlaub	146
D.	Militärdienst	146
E.	Weitere Arbeitnehmer	147
§ 18	ITALIEN	148
A.	Arbeitnehmervertreter	148
1.	Gesetzliche Regelung	148
a)	Provisorische sofortige Wiedereinstellung	148
b)	Busse	149

c) Geltungsbereich	149
d) Anmerkungen	149
2. Kollektivvertragliche Regelung	150
3. Anfechtung der widerrechtlichen Kündigung als antigewerkschaftliche Massnahme	150
B. Mutterschutz	151
C. Besonderer Kündigungsschutz der Arbeitnehmerin bei Heirat	152
D. Invalide	153
E. Krankheit und Unfall	153
1. Kündigungssperrfristen (periodo di comporto)	153
2. Lohnersatz	154
F. TBC-Kranke	155
G. Militärdienst	155
1. Chiamata alle armi	155
2. Richiamata alle armi	156
a) Arbeiter	156
b) Angestellte	156
6. ABSCHNITT: KUENDIGUNGSSCHUTZ BEI MASSENENTLASSUNGEN	157
§ 19 BRD	157
A. Gesetzliche Definition der Massenentlassung	157
B. Massenentlassungsverfahren	157
1. Präventive Meldepflicht	157
2. Anzeigepflicht im konkreten Fall	158
a) An den Betriebsrat	158
b) Anzeige an das Arbeitsamt	158
3. Sperrfrist	158
4. Kurzarbeit	159

§ 20 ITALIEN	159
A. Nur kollektivvertragliche Regelung	159
B. Definition der Massenentlassung	159
1. Dauernde Aufhebung von Arbeitsplätzen	159
2. Vorübergehende Betriebsstillegung	160
C. Massenentlassungsverfahren	160
1. Unterschiedliche Ausgestaltung	160
2. Informationspflicht des Arbeitgebers	160
3. Auswahlkriterien	161
D. Wiedereinstellung bei erneuter Betriebsaufnahme	161
E. Anwendbarkeit der allgemeinen Kündigungsschutz- vorschriften bei Massenentlassungen	161
§ 21 FRANKREICH	162
A. Definition der Massenentlassung	162
B. Massenentlassungsverfahren	163
1. Unterrichtung der Arbeitnehmervertretung	163
2. Bewilligung der Behörde	164
3. Umfang der behördlichen Prüfung	164
4. Rechtsfolgen der widerrechtlichen Massenentlassung	165
5. Gerichtliche Anfechtung	165
§ 22 OESTERREICH	166
ZUSAMMENFASSUNG	167

Literaturverzeichnis

- | | |
|----------------------------------|--|
| Alf, Sophie G. | Leitfaden Italien, Berlin 1977 |
| Arnold, Kurt | Die missbräuchliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach französischem und schweizerischem Recht - Ein Vergleich, Diss. St. Gallen 1970 |
| Balletti, Bruno | La tutela privilegiata dei sindacalisti interni, in: Napoletano (Hrsg.): La disciplina del licenziamenti, Milano 1977, S. 83ff |
| Ballestrero, Maria | I licenziamenti, Milano 1975 |
| Bentele, Max | Das Recht auf Arbeit in rechtsdogmatischer und ideengeschichtlicher Betrachtung, Diss. Zürich 1949 |
| Biaggi, Marco | Die Stellung der Gewerkschaften im italienischen Recht, Diss. Basel 1974 |
| Binder, Martin | Probleme des arbeitsvertraglichen Bestandesschutzes im Falle der Mutterschaft, in: ZAS 1978, S. 83ff |
| - | Die "grundlose" Kündigung, in: DRdA 1980, S. 158ff |
| Bleistein, Franzjosef | Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl., Berlin 1978 |
| Bobrowski, Paul/
Gaul, Dieter | Das Arbeitsrecht im Betrieb, 2 Bde., 7. Aufl., Heidelberg 1979 |

- Brühwiler, Jürg Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag,
Bern 1978
- Brun, André/
Galland, Henri Droit du travail, 2 Bde., 2. Aufl.,
Paris 1978
- Brunner, Andreas B. Die ausserordentliche Kündigung des
Arbeitsvertrages nach schweizerischem
im Vergleich zum deutschen Recht, Bern
1979
- Camerlynck/Lyon-Caen Précis Dalloz de droit du travail,
10. Aufl., Paris 1980
- Cerny, Josef Befugnisse der Arbeitnehmerschaft (§§
89 - 112 ArbVG), in: Oesterr. Gewerk-
schaftsbund (Hrsg.): Reihe Arbeits-
recht, Betriebsverfassung, Wien o.J.
- Christen, Hardy Die Sicherung des Anstellungsverhält-
nisses nach schweizerischem Recht,
Diss. Zürich 1945
- Coen, Martin Das Recht auf Arbeit und der Bestan-
desschutz des gekündigten Arbeitsver-
hältnisses, Köln 1979
- Corrado, Renato Il contratto di lavoro, Milano 1962
- Dalloz (Hrsg.) Code du travail, textes codifiés et
textes annexes, 41. Aufl., Paris 1979
- Däubler, Wolfgang Das Arbeitsrecht, 2 Bde., Hamburg 1979
- Demokratische Juristen
der Schweiz (Hrsg.) Kündigungsschutz im Arbeitsrecht,
Genf 1979

- Dittrich/Veit/Tades Arbeitsrecht (Loseblattsammlung, Stand: Mai 1980, 22. Ergänzungslieferung), 2. Aufl., Wien 1963ff
- Dütz, Wilhelm Effektiver Bestandesschutz im Arbeitsverhältnis, in: DB 1978, Beilage 13/78 (H.34), S. 1ff
- Dupeyroux, Jean-Jacques (Hrsg.) Sur le nouveau droit du licenciement, in: Droit Social No 4 - avril 1978, numéro spécial
- Fabricius, Fritz Kollision von Beschäftigungspflichten aus Doppelarbeitsverhältnissen, in: ZfA 1972, S. 35ff
- Fitting, Karl/Auffahrt, Fritz/Kaiser, Heinz Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar, 11. Aufl. München 1974
- Floretta, Hans Kollektivrechtliche oder individualrechtliche Konstruktion beim allgemeinen Kündigungsschutz, in: DRdA 1971, S. 1ff
- Der Sozialvergleich beim allgemeinen Kündigungs- und Entlassungsschutz, in: DRdA 1976, S. 1ff
- Floretta/Spielbüchler/Strasser Arbeitsrecht, 2 Bde., Wien 1976
- Floretta, Hans/Strasser, Rudolf Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz, Wien 1975
- Der Arbeitsverfassungsgesetzentwurf 1972, Materialien zur Kodifikation des österreichischen Arbeitsrechts, Wien 1973 (ArbVG-Entwurf)

- Goldschmidt, Robert Unsoziale Kündigung im Arbeitsrecht,
in: SJZ 1939, S. 165ff
- Grisel, André La réglementation du travail dans le
commerce et l'artisanat. Questions
fondamentales, in: ZSR 1948, S. 459a ff
- Force Ouvrière (Hrsg.) Le guide du salarié, Paris 1980
- Herschel, Wilhelm Schutz der Betriebszugehörigkeit im
Wandel der Zeiten, in: DB 1973, S. 80ff
- "Recht auf Arbeit" und Kündigungs-
schutz, in: BB 1977, S. 708ff
- Hohler, Christoph: Kündigungsschutz durch Gesamtarbeits-
vertrag, Diss. Zürich 1981
- Holzer, Max Werdegang und Aufbau des Arbeitsgeset-
zes, in: Naegeli (Hrsg.): Einführung
in das Arbeitsgesetz, Bern 1966,
S. 18ff
- Hueck, Alfred/ Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz,
Hueck, Götz 10. Aufl., München 1980
- Hug, Walther Das Kündigungsrecht. Nach schweizeri-
ischem und unter Berücksichtigung des
österreichischen Arbeitsrechts, Diss.
Zürich 1926
- Die Revision des Dienstvertragsrechts,
in: Ders.: Beiträge zum Arbeitsrecht,
Bern 1978, S. 184ff (Beiträge zum Ar-
beitsrecht)

- Ianniruberto, Giuseppe Campo di applicazione della legge 15 luglio 1966, n. 604: Rapporti sogetti alla disciplina del licenziamento ad nutum ex art. 2118 CC, in: Napoletano (Hrsg.): La disciplina dei licenziamenti, Milano 1977, S. 17ff
- IG-Metall (Hrsg.) Protokoll der Kündigungsschutztagung der IG-Metall vom 7. und 8. Oktober 1977 und vom 10. und 11. März 1978 in Frankfurt am Main (Kündigungsschutztagung)
- Jabornegg, Peter Sozialvergleich und Betrieb ohne Betriebsrat, in: DRdA 1980, S. 190ff
- Javillier, Jean-Claude Droit du travail, Paris 1978
- Kapfer, Hans Kommentar zum Schauspielergesetz, Wien 1974
- Kehrmann, Karl Der Beschäftigungsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers, in: AuR 1979, S. 267ff
- Konopka, Jan A. La protection de l'emploi dans les rapports contractuels de travail, Diss. Genf 1978
- Korinek, Karl Die Zustimmung zur Kündigung von Invaliden als Ermessensakt - zugleich ein Beitrag zur Lehre vom freien Ermessen, in: ZAS 1970, S. 89ff
- Kuderna, Friedrich Die Anfechtung von Entlassungen nach dem Arbeitsverfassungsgesetz, in: ZAS 1974, S. 166ff

- Kuderna, Friedrich Die sozial ungerechtfertigte Kündigung nach § 105 Abs. 3 Z.2 ArbVB, in: DRdA 1975, S. 9ff
- Gedanken zu einer individualrechtlichen und materiellrechtlichen Gestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes im Arbeitsrecht, in: DRdA 1974, S. 49ff
- Laroque, Jean Sur les difficultés d'ordre probatoire, observations, in: Dupeyroux (Hrsg.): Sur le nouveau droit du licenciement, in: Droit Social No 4 - avril 1987, numéro spécial
- Mancini, Giuseppe F. Statuto dei diritti dei lavoratori, in: Scialoja/Branca (Hrsg.): Commentario del Codice Civile, Libro quinto (Del lavoro), Titoli I e II - Supplemento (legge 20 maggio 1970, Nr. 300)
- Mannacio, Giorgio Il licenziamento degli invalidi, in: Napoletano (Hrsg.): La disciplina dei licenziamenti, Milano 1977, S. 197ff
- Marhold, Fritz Die Wirkung ungerechtfertigter Entlassungen - Eine Kritik des sog. Schadenersatzprinzips, in: ZAS 1978, S. 5ff
- Mayer-Maly, Theo Oesterreichisches Arbeitsrecht, Wien 1970
- Mazzoca, Antonio Diritto del Lavoro, Milano 1979
- Mazzoni, Giuliano Manuale di diritto del lavoro, 4. Aufl., Milano 1971

- Mazzoni, Giuliano
(Hrsg.) Giusta causa e giustificati motivi nei licenziamenti individuali, Milano 1967 (giusta causa)
- Meier, Kurt Die fristlose Kündigung, in: Demokratische Juristen der Schweiz (Hrsg.): Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Genf 1979, S. 83ff
- Merz, Hans Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitungsband, Bern 1962
- Mörkelsberger, Wilfried Probleme der sozialwidrigen Kündigung, in: DRdA 1977, S. 68ff
- Molitor, Erich Deutsches Arbeitsrecht, Leipzig 1938
- Napoletano, Domenico Il licenziamento dei lavoratori alla stregua della nuova disciplina legislative (legge 15 luglio 1966, n. 604), Torino 1966
- Orlando, Danilo Zur missbräuchlichen Kündigung des Arbeitsvertrages, in: SJZ 1977, S. 197ff
- Oser, Hugo/
Schönenberger, Wilhelm Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 5 (Obligationenrecht) II. Hbbd. Art. 184 - 418, 2. Aufl., Zürich 1936
- Otto, Hansjörg Der vorläufige Bestandesschutz des Arbeitsverhältnisses, in RdA 1975, S. 68ff

- | | |
|---------------------------------|--|
| Pélissier, Jean | Le nouveau droit du licenciement,
Paris 1977 |
| Persiani, Mattia | La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto, in:
Riva-Sanseverino/Manzoni (Hrsg.): Nuovo trattato di diritto del lavoro,
Bd. 2, Padova 1971, S. 593ff |
| Pifferi, Giuseppe | Lo statuto dei lavoratori, 2. Aufl.,
Padova o.D. |
| Pigler, Viktor | Aus dem geltenden Arbeitsrecht, 13.
Aufl., Wien 1977 |
| Prosperetti, Ubaldo | Raccordo tra la legge 15 luglio 1966,
n. 604 e gli artt. 18 e 35 della legge
20 maggio 1970, n. 300, in: Napoletano
(Hrsg.): La disciplina dei licenziamenti,
Milano 1977, S. 26ff |
| Rehbinder, Manfred | Schweizerisches Arbeitsrecht, 5. Aufl.,
Bern 1979 |
| Rescigno, Pietro | Manuale del diritto privato italiano,
3. Aufl., Napoli 1978 |
| Riva-Sanseverino, Luisa | Diritto del lavoro, 11. Aufl., Padova
1971 |
| - | Italienisches Arbeitsrecht, in: Jura
Europae III, Arbeitsrecht, Bd. 2 (Lo-
seblattsammlung, Stand 1. Juni 1979)
(zit. Jura Europae) |
| Rivero, Jean/
Savatier, Jean | Droit du travail, 7. Aufl., Paris 1978 |

- Rongère, Pierrette Le licenciement, Paris 1977
- Rosco, Giuseppe/
Amato, Giuglielmo La giusta causa e il giustificato motivo di carattere soggettivo di licenziamento, in: Napoletano (Hrsg.): La disciplina dei licenziamenti, Milano 1977, S. 57ff
- Scognamiglio, Renato Licenziamenti collettivi e licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo, in: Napoletano (Hrsg.): La disciplina dei licenziamenti, Milano 1977, S. 125ff
- Sinay, Hélène Les difficultés d'ordre probatoire nées de la loi du 13 juillet 1973, in: Dupeyroux (Hrsg.): Sur le nouveau droit du licenciement, in: Droit Social, No 4 - avril 1978, numéro spécial, S. 22ff
- Siniscalchi, Ezio Il giustificato motivo oggettivo nella elaborazione della giurisprudenza, in: Napoletano (Hrsg.): La disciplina dei licenziamenti, Milano 1977, S. 77ff
- Sinzheimer, Hugo Grundzüge des Arbeitsrechts, Jena 1927
- Smuraglia, Carlo Il giustificato motivo di carattere oggettivo: la rilevanza dell'interesse dell'impresa e limiti alla sindacabilità del giudice, in: Napoletano (Hrsg.): La disciplina dei licenziamenti, Milano 1977, S. 72ff

- Söllner, Alfred Arbeitsrecht, 7. Aufl., Stuttgart 1981
- Spoendlin, Kaspar Zur Bedeutung des Kündigungsgrundes im
Arbeitsvertrag, in: ZSR 1980, S. 141ff
- Schaub, Günter Arbeitsrechtshandbuch, 4. Aufl., Mün-
chen 1980
- Schoop, René Die Entwicklung des Kündigungsschutzes
im schweizerischen Recht, in: Demokra-
tische Juristen der Schweiz (Hrsg.):
Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Genf
1979, S. 23ff
- Schrammel Die Mitwirkung des Betriebsrats bei
Versetzung und Aenderungskündigung, in:
ZAS 1975, S. 203ff
- Schregle, Johannes Die Beendigung des Arbeitsverhältnis-
ses durch den Arbeitgeber aus rechts-
vergleichender Sicht, in: DRdA 1979,
S. 361ff
- Schwarz, B. Kein Sozialvergleich auf Antrag des
Gekündigten, in: DRdA 1979, S. 397ff
- Schweingruber, Edwin Kommentar zum Arbeitsvertrag, 2. Aufl.,
Bern 1976
- Das Arbeitsrecht, in: Festschrift Mar-
bach, Bern 1962, S. 429ff (FS Marbach)
- Stahlhacke, Eugen Kündigung und Kündigungsschutz im Ar-
beitsverhältnis, 3. Aufl., München
1977
- Steininger, Viktor Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses,
Wien/New York 1969

- Tades, Helmut/
Molterer, Gottfried Die arbeitsrechtliche Judikator in den Jahren 1976 bis 1978, in: DRdA 1980, S. 87ff und S. 194ff
- Thoeren, Michael Der allgemeine Kündigungsschutz bei Einzelentlassungen im italienischen Arbeitsrecht, Diss. Wiesbaden 1976
- Tomandl, Theodor Grundriss des österreichischen Sozialrechts, 2. Aufl., Wien 1980
- Vidiri, Guido Il divieto di licenziamento delle lavoratrici che contraggono matrimonio, gestanti e puerpere, in: Napoletano (Hrsg.): La disciplina dei licenziamenti, Milano 1977, S. 182ff
- Vischer, Frank Der Arbeitsvertrag, in: Vischer (Hrsg.): Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII, Basel/Stuttgart 1977, S. 284ff
- Voegeli, Claude Le licenciement abusif, in: Demokratische Juristen der Schweiz (Hrsg.): Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Genf 1979, S. 93ff
- Voulet, Jacques La rupture du contrat de travail, Paris 1979
- Yemin, Eduard Le licenciement en droit comparé, in: Demokratische Juristen der Schweiz (Hrsg.): Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Genf 1979, S. 11ff
- Zangari, Guido Contributo alla teoria del licenziamento, Milano 1974

Zangari, Guido

Giusta cause e giustificato motivo
nella nuova disciplina del licenzia-
mento individuale, in: Riv.dir.lav.
1967 I 51ff

Zöllner, Wolfgang

Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 1977

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
ABGB	(Oesterreichisches) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811
AFG	(Deutsches) Arbeitsförderungsgesetz vom 25. Juni 1969
AG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Ge- werbe und Handel vom 13. März 1964
altCT	(Französischer) Code du travail in der Fassung vor der Revision von 1973
AngG	(Oesterreichisches) Angestelltengesetz vom 11. Mai 1921 (Deutsches) Angestelltengesetz vom 9. Juli 1926 (Italienisches) Angestelltengesetz vom 13. No- vember 1924/18. März 1926
ANStatut	(Italienisches) Arbeitnehmerstatut vom 20. Mai 1970 (Statuto dei lavoratori)
AOG	(Deutsches) Arbeitsordnungsgesetz vom 20. Januar 1934
AP	Arbeitsgerichtliche Praxis (Nachschlagewerk des BAG)
ArbPlatzSchG	(Deutsches) Arbeitsplatzschutzgesetz vom 21. Mai 1968
ArbPlSG	(Oesterreichisches) Arbeitsplatzsicherungsgesetz vom 18. Juli 1956
ArbGG	(Deutsches) Arbeitsgerichtsgesetz vom 3. Septem- ber 1953
ArbVG	(Oesterreichisches) Arbeitsverfassungsgesetz vom 14. Dezember 1973
AuR	Arbeit und Recht (Deutsche Zeitschrift)

BAG	(Deutsches Bundesarbeitsgericht
BB	Bundesbeschluss Der Betriebsberater (Deutsche Zeitschrift)
BB1.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossen- schaft
BetrVG	(Deutsches) Betriebsverfassungsgesetz vom 15. Januar 1972
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
BIT	Bureau international du travail
BR	Bundesrat Betriebsrat
BRG	(Deutsches) Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920 (BRG 1920) (Oesterreichisches) Betriebsrätegesetz vom 15. Mai 1919 (BRG 1919)
CC	(Italienischer) Codice civile vom 16. März 1942 (Französischer) Code civil vom 21. März 1804
CNG	Christlichnationaler Gewerkschaftsbund
C.p.c.	(Italienischer) Codice di procedura civile vom 3. Dezember 1942
CP	(Italienischer) Codice penale vom 19. Oktober 1930
CT	(Französischer) Code du travail vom 2. Januar 1973
d.A.	dieser Ansicht
DB	Der Betrieb (Deutsche Zeitschrift)
DRdA	Das Recht der Arbeit (Oesterreichische Zeit- schrift)
d.l.l.	Decreto legislative luogotenenziale
d.p.r.	Decreto del Presidente della Repubblica

E	Entwurf
EFZG	(Oesterreichisches) Entgeltfortzahlungsgesetz vom 26. Juni 1974
f,ff	folgende
FG	Fabrikgesetz vom 18. Juni 1914
FO-Hebdo	Force Ouvrière Hebdomadaire (Französische Zeitschrift)
FS	Festschrift
GewO	(Deutsche) Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869
GR	Gewerkschaftliche Rundschau
GutsAngG	(Oesterreichisches) Gutsangestelltengesetz vom 26. September 1923
HeimkG	(Deutsches) Heimkehrergesetz vom 16. Juni 1950
HGB	(Deutsches) Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897
HGHAngG	(Oesterreichisches) Hausgehilfen- und Hausange- stelltengesetz vom 23. Juli 1962
h.L.	herrschende Lehre
IEinstG	(Oesterreichisches) Invalideneinstellungsgesetz vom 11. Dezember 1969
I.N.A.M.	Istituto nazionale per l'assicurazione contro le malattie
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts 1980, Uebersicht über das Jahr 1979
J.C.P.	Juris classeur périodique (La semaine juridique)
KSchG	(Italienisches) Kündigungsschutzgesetz vom 15. Juli 1966 (Deutsches) Kündigungsschutzgesetz vom 25. Au- gust 1969
LAG	(Oesterreichisches) Landarbeitsgesetz vom 2. Ju- ni 1948

LFG	(Deutsches) Lohnfortzahlungsgesetz vom 27. Juli 1969
lit.	litera
MuSchG	(Deutsches) Mutterschutzgesetz vom 18. April 1968 (Oesterreichisches) Mutterschutzgesetz vom 13. März 1957
NR	Nationalrat
NRW	Nordrhein-Westfalen
OeGB	Oesterreichischer Gewerkschaftsbund
OPG	(Oesterreichisches) Opferfürsorgegesetz vom 2. September 1947
OR	Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
RdA	Recht der Arbeit (Deutsche Zeitschrift)
R.d.l.	Regio decreto legge
Riv.dir.lav.	Rivista di diritto del lavoro (Italienische Zeitschrift)
Schwbg	(Deutsches) Schwerbehindertengesetz vom 29. April 1974
SGB	Schweizerischer Gewerkschaftsbund
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SchSpG	(Oesterreichisches) Schauspielergesetz vom 13. Juli 1922
StenBull	Stenographisches Bulletin der Verhandlungen der Eidgenössischen Räte
u.a.	und andere(s)
VBG	(Oesterreichisches) Vertragsbedienstetengesetz vom 17. März 1948
VE	Vorentwurf

WehrG	(Oesterreichisches) Wehrgesetz vom 7. September 1955
ZAS	(Oesterreichische) Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
ZfA	(Deutsche) Zeitschrift für Arbeitsrecht
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

EINLEITUNG

Schutz vor Verlust des Arbeitsplatzes war und ist eine immer wieder erhobene Forderung der Arbeitnehmer in allen Ländern. Neben der Forderung nach Mitbestimmung ist dieses Streben nach Bestandesschutz des Arbeitsverhältnisses wohl der zweite grosse Trend, welcher das aktuelle Arbeitsrecht Europas seit vielen Jahren kennzeichnet. Was die Schweiz betrifft, so ist in beiden Bereichen ein auffälliger Rückstand der Entwicklung zu beobachten. Insbesondere ist auch der hier interessierende gesetzliche Kündigungsschutz ausgesprochen schwach. Dies am Beispiel der Nachbarländer der Schweiz sichtbar zu machen, ist erstes Ziel der vorliegenden Arbeit.

Zentrales Anliegen dieser Arbeit ist des weitern vor allem die Darstellung des dem schweizerischen Recht bis heute überhaupt nicht bekannten allgemeinen Kündigungsschutzes des Arbeitnehmers, wie er bereits in zahlreichen Ländern Europas und unter anderem auch in den Nachbarländern der Schweiz gesetzlich verankert ist. Unter allgemeinem Kündigungsschutz sind die Vorschriften zu verstehen, welche dem Arbeitgeber auferlegen, seine Kündigung zureichend zu begründen, beziehungsweise welche dem Arbeitnehmer die Möglichkeit verschaffen, eine ungerichtfertigte Kündigung gerichtlich anzufechten und seine Weiterbeschäftigung, eventuell auch nur eine Kündigungsabfindung zu verlangen.

Dargestellt werden ferner die besonderen Kündigungsschutzvorschriften, d.h. die gesetzlichen Kündigungsbeschränkungen zu Gunsten der sozial schwächeren Arbeitnehmer, wie z.B. der kranken und älteren Arbeitnehmer oder der Schwangeren. Auch hier bleibt das schweizerische Recht hinter dem vergleichbarer

Industrienationen zurück.

Eingegangen wird schliesslich auf den Kündigungsschutz des Arbeitnehmers bei Massenentlassungen, wie er in verschiedenen Nachbarländern der Schweiz bereits gesetzlich geregelt ist.

1. K A P I T E L : K U E N D I G U N G S S C H U T Z
I N D E R S C H W E I Z

§ 1 EMPFEHLUNG NR. 119 DER INTERNATIONALEN ARBEITSKONFERENZ

Das freie Kündigungsrecht des Arbeitgebers ist in der Schweiz nach wie vor praktisch uneingeschränkt. Ohne Begründung und ohne Beachtung einer besonderen Form darf hier selbst der altgediensteste Arbeitnehmer entlassen werden. Diese Regelung entspricht in keiner Weise der von der Schweiz unterzeichneten Empfehlung Nr. 119 der Internationalen Arbeitskonferenz vom 26. Juni 1963 "betreffend die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber" (1). Gemäss dieser Empfehlung sollte eine Arbeitgeberkündigung nur aus triftigen Gründen, die mit der Fähigkeit oder dem Verhalten des Arbeitnehmers zusammenhängen oder die sich aus betrieblichen Erfordernissen ergeben, zulässig sein. Ebenso sollte der Arbeitnehmer sich gegen eine Entlassung wegen gewerkschaftlicher oder politischer Betätigung, wegen seiner Rasse, Nationalität oder seines Geschlechts, wegen seines Familienstandes und Glaubensbekenntnisses oder wegen Geltendmachung eines Rechts zur Wehr setzen können. Ferner wird verlangt, dass der Arbeitgeber bei Entlassungen wegen Personalabbaus auf die sozial schwächeren Arbeitnehmer Rücksicht nimmt. Schliesslich sollte der Arbeitnehmer die Möglichkeit haben, vor einer unabhängigen Instanz eine ungerechtfertigte Entlassung anzufechten und seine Wiedereinstellung oder eine Kündigungsentschädigung verlangen zu können.

Die Empfehlung Nr. 119 ist in der Schweiz gesetzlich nicht

(1) Vgl. BB1. 1964, 88ff.

nur nicht verwirklicht, sondern in ihrer Realisierung durch Individual- oder Kollektivarbeitsverträge zudem durch Art. 361 OR behindert, welcher die gesetzliche Kündigungsregelung für zweiseitig absolut zwingend und somit für unabänderlich erklärt (1). Verstärkter Kündigungsschutz lässt sich denn auch in Gesamtarbeitsverträgen nur selten finden (2). Schliesslich ist es der Rechtsprechung auch nicht gelungen, dem allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot des Art. 2 Abs. 2 ZGB im Kündigungsrecht zum Durchbruch zu verhelfen und wenigstens auf diese Weise die Empfehlung Nr. 119 zu verwirklichen. In der Schweiz wird damit den Arbeitnehmern ein Schutz verweigert, welcher in anderen Ländern bereits seit Jahrzehnten besteht. So existieren gesetzliche Kündigungsschutzvorschriften, welche mehr oder weniger der Empfehlung Nr. 119 entsprechen, heute bereits in Oesterreich, der BRD, Belgien, den Niederlanden, Luxemburg, Grossbritannien, Irland, Schweden, Dänemark, Finnland, Norwegen, Italien, Spanien, Portugal u.a. (3).

§ 2 ZUR GESCHICHTLICHEN ENTWICKLUNG DES KUENDIGUNGSSCHUTZES IN DER SCHWEIZ

Auf der Ebene der Gesetzgebung begann der Kampf um allgemeinen Kündigungsschutz mit der 1893 von den Sozialisten lancierten Verfassungsinitiative für "Recht auf Arbeit", welche u.a. Schutz der Arbeitnehmer gegen ungerechtfertigte Entlassungen verlangte (4), jedoch vom Volk verworfen wurde (5). Ebenso wenig

-
- (1) Gegen jeden über die gesetzliche Regelung hinausgehenden Kündigungsschutz ist insbesondere BRUEHWILER, Einleitung zu Art. 336g OR.
 - (2) Vgl. HOHLER 79ff.
 - (3) Vgl. die Uebersicht bei SCHREGEL 361ff, ferner YEMIN 11ff.
 - (4) Vgl. BB1. 1893 IV 369.
 - (5) Vgl. BENTELE 157.

Erfolg hatte eine fast gleichzeitige Motion Vogelsanger im Nationalrat, welche den Schutz des Arbeitnehmers vor Entlassungen wegen gewerkschaftlicher Aktivität forderte (1). Abgelehnt wurde sogar die Forderung nach Kündigungsschutz bei Militärdienst (2). Ebenfalls keinen Fortschritt brachte im Bereich des Kündigungsschutzes das revidierte Obligationenrecht vom 30. Mai 1911, dessen arbeitsvertragliche Regelung bis 1971 in Kraft blieb. Geregelt wurden in diesem lediglich die Kündigungsfristen, welche zudem noch weitgehend dispositiver Natur waren. Gesetzlich verankert war ferner die Pflicht des Arbeitgebers, bei unverschuldeter Verhinderung des Arbeitnehmers wegen Krankheit, Militärdienst etc. den Lohn für "verhältnismässig kurze Zeit" weiter zu zahlen (Art. 335).

Wesentlichere Kündigungsbeschränkungen enthielt - allerdings nur für Fabrikarbeiter - erst das Fabrikgesetz vom 18. Juni 1914 (3). So war vom Arbeitgeber im Falle einer durch Unfall oder Krankheit verursachten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers eine 4-wöchige Kündigungssperrfrist einzuhalten (Art. 23 lit. a). Für Frauen bestand in den ersten 6, auf ihr Verlangen in den ersten 8 Wochen nach ihrer Niederkunft ein Beschäftigungsverbot, und es durfte ihnen während dieser Zeit oder auf einen Termin, der in diese Zeit fiel, nicht gekündigt werden (Art. 69 Abs. 1 und 2). Zudem konnte die Schwangere auf blosser Anzeige hin die Arbeit vorübergehend verlassen oder von ihr wegbleiben, ohne dass ihr deswegen gekündigt werden durfte (Art. 69 Abs. 5). Unzulässig war ferner die Kündigung wegen obligatorischen, schweizerischen Militärdienstes. Des weitern ruhte die Kündigungsfrist während dessen Dauer (Art. 23 lit. e). Nicht ins Fabrikgesetz von 1914 Aufnahme gefunden hatte das

(1) Vgl. BBl. 1894 III 46ff.

(2) Vgl. BBl. 1894 III 50f.

(3) Vgl. zur Entstehung des Fabrikgesetzes HUG II 235ff.

im Fabrikgesetzentwurf von 1910 (1) noch enthaltene generelle Verbot der Entlassung wegen Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts (2), womit vor allem die gewerkschaftliche und politische Aktivität der Arbeiter geschützt worden wäre (3).

Nach dem 1. Weltkrieg und unter dem Eindruck der damals starken sozialen Konflikte - in der Schweiz kam es 1918 zum Generalstreik - wurde vom Bundesrat in der Botschaft zu einem (allerdings nicht in Kraft getretenen) Gesetzesentwurf betreffend die Neuordnung des Arbeitsverhältnisses (4) das bis anhin hart verfochtene Prinzip eines uneingeschränkten Liberalismus in den Beziehungen der Arbeitsvertragsparteien einer kritischen Analyse und Revision unterzogen (5) und die Ansicht geäussert, "dass der Bund heute die Ordnung auch des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses nicht mehr ausschliesslich den Beteiligten überlassen könne" (6). Im Kündigungsrecht zeitigte diese Erkenntnis allerdings keine grossen Wirkungen. Zwar enthielten Entwürfe zur Revision des Fabrikgesetzes von 1914 noch allgemeine Kündigungsbeschränkungen, wie beispielsweise der 2. amtliche Vorentwurf von 1945 (7) mit einer Härteklausel (8) und

(1) Vgl. BBl. 1910 III 675ff.

(2) Art. 15 FG-Entwurf 1910.

(3) In diesem Sinne auch die Ausführungen des BR in seiner Botschaft in BBl. 1910 III 603f.

(4) Entwurf eines BB betreffend die Ordnung des Arbeitsverhältnisses in BBl. 1919 II 35ff.

(5) Vgl. BBl. 1919 II 1ff.

(6) Vgl. BBl. 1919 II 19.

(7) Vorentwurf zu einem BG über die Arbeit im Handel und in den Gewerben (VE 1945). Diesem vorangegangen war ein 1. amtlicher Entwurf, der 1931 vom BIGA seinem ehemaligen Direktor H. Pfister in Auftrag gegeben worden war, welcher allerdings noch keine Kündigungsschutzvorschriften enthielt.

(8) Vgl. Art. 14 Abs. 2 VE 1945: "Die Kündigung ist überdies ungerechtfertigt, wenn sie mit Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse der Arbeitnehmer eine besondere Härte darstellt, die durch die Verhältnisse des Betriebes nicht geboten ist".

der 3. amtliche Vorentwurf von 1948 (1) mit seinen konkretisierten Missbrauchstatbeständen (2) (3). Ins Arbeitsgesetz von 1966, welches daraus schliesslich hervorging, haben sie jedoch keinen Eingang gefunden, weil alle arbeitsvertraglichen Vorschriften aus diesem ausgeschieden und zum Gegenstand einer einheitlichen Gesamtrevision des Dienstvertragsrechts des OR gemacht wurden (4). Aber bereits in die Botschaft zu einem neuen Arbeitsvertragsrecht von 1967 (5) hatte der früher vorgeschlagene allgemeine Kündigungsschutz keine Aufnahme mehr gefunden. Der Vorentwurf von 1963 (6) hatte solche Vorschriften noch vorgesehen (7).

-
- (1) Sog. Vorentwurf Germann/Hug von 1948 (VE 1948), aus welchem der bereinigte Entwurf Germann/Hug 1948 und aus diesem schliesslich der amtliche Entwurf von 1950 hervorging.
 - (2) Vgl. Art. 55 VE 1948: "Die Kündigung des Dienstverhältnisses durch den Arbeitgeber gilt als missbräuchlich, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass sie vorgenommen wird: a) wegen schweizerischen obligatorischen Militärdienstes, b) wegen Uebernahme oder Ausübung eines öffentlichen Amtes durch den Arbeitnehmer, c) wegen dessen Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einer bestimmten Konfession oder zu einer nicht rechtswidrigen politischen oder beruflichen Organisation, d) wegen seiner politischen oder gewerkschaftlichen Betätigung ausserhalb des Betriebes, e) wegen seiner Tätigkeit in einer betrieblichen Arbeitnehmervertretung, f) bei Schwangeren wegen Aussetzens der Arbeit gemäss Art. 47 Abs. 2".
 - (3) Von privater Seite wurden ebenfalls Entwürfe ausgearbeitet. Vgl. dazu ARNOLD 138ff, KONOPKA 56ff, SCHOOP 32ff.
 - (4) Vgl. zur Entstehung des AG: HOLZER 17ff.
 - (5) Botschaft zum BG über die Revision der Titel 10 und 10bis OR, in BBl. 1967 II 428ff.
 - (6) Vorentwurf vom 30. Sept. 1963 der Expertenkommission für die Revision des Dienstvertragsrechts im OR (VE 1963).
 - (7) Vgl. Art. 42 VE 1963: "Wird das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit von einer Vertragspartei aus Gründen gekündigt, welche die Kündigung als offenbaren Rechtsmissbrauch erscheinen lassen, so kann der Gekündigte innert dreissig Tagen, längstens aber bis zum Ablauf der Kündigungsfrist, beim Kündigenden Einsprache erheben". Rechtsfolge der rechtsmissbräuchlichen Kündigung war eine Entschädigung in der Höhe von mindestens 2 Wochen- und höchstens 3 Monatssalären (Abs. 2).

Schliesslich scheiterte auch der Kommissionsminderheitsantrag Welter (1), welcher die Wiederaufnahme einer Bestimmung betreffend die rechtsmissbräuchliche Kündigung ins geltende OR verlangte, im Nationalrat. Uebrig blieben somit nur noch die heute in Kraft stehenden zeitlichen Kündigungssperrfristen (Art. 336e OR) und das sachliche Verbot der Kündigung wegen Militärdienstes (Art. 336g OR) (2). Hauptsächlichste Ursache dieser Entwicklung war die in den 60-iger Jahren beginnende Hochkonjunktur mit ihrem akuten Arbeitskräftemangel, welcher zur Folge hatte, dass selbst vehemente Vertreter eines verbesserten Kündigungsschutzes wie Schweingruber eingestehen mussten, dass "die neue Zeit der Vollbeschäftigung an dem früheren erstrangigen Dogma von der ökonomischen Zwangslage, dem faktischen Kontrahierungszwang der Lohnarbeiter rüttelte" (3). Diese konjunkturelle Situation führte ferner zum international gesehen wohl einmaligen Konzept einer zwingenden Parität der Kündigungsschutzvorschriften, welche u.a. auch von Hug vertreten wurde (4). Ausschlaggebend für die dargestellte Entwicklung des schweizerischen Kündigungsrechts war jedoch die Drohung der Arbeitgeberverbände, der Revision des OR als Gesamtes die Zustimmung zu verweigern, falls an noch weitergehenden Kündigungsschutzvorschriften festgehalten würde (5).

(1) Vgl. StenBull Nr 1969, 831ff.

(2) Vgl. zur Revision des geltenden OR in Bezug auf allgemeine Kündigungsschutzvorschriften VISCHER 416, VOGELI 94ff, ARNOLD 152ff.

(3) SCHWEINGRUBER in Festschrift Marbach 439f.

(4) HUG in Beiträge zum Arbeitsrecht 200.

(5) VISCHER 416, ferner BBl. 1967 II 383ff.

§ 3 ZUR RECHTSMISSBRAEUCHLICHEN KUENDIGUNG

In der Schweiz ist der allgemeine Kündigungsschutz des Arbeitnehmers bis heute fast ausschliesslich unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchs behandelt worden. Der Einfluss der im französischen Recht bereits vor 1900 einsetzenden, ursprünglich fortschrittlichen, mit den Kündigungsschutzgesetzen von 1973 (1) und 1975 (2) allerdings überwundenen sog. abus-Rechtsprechung (3) ist hier unverkennbar. Von grösserer Bedeutung war aber wohl, dass die Aufnahme ausdrücklicher allgemeiner Kündigungsschutzvorschriften ins positive Recht politisch nicht möglich war und deshalb das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot des Art. 2 Abs. 2 ZGB im Kündigungsrecht eine besondere Bedeutung erhielt. Die zahlreichen dogmatischen Untersuchungen, welche die Anwendung dieses generellen Rechtssatzes auch im Kündigungsrecht verlangten und Möglichkeiten zu dessen praktischer Anwendung aufzeigten (4), haben allerdings die Rechtsprechung bis heute noch nicht wesentlich beeinflusst. Eine eigentliche Missbrauchsrechtsprechung im Kündigungsrecht existiert in der Schweiz nicht. Allenfalls lassen sich gewisse Ansätze in dieser Richtung erkennen (5). Eine Folge des Fehlens einer solchen einschlägigen Praxis ist, dass auch heute noch äusserst selten von Arbeitnehmern vor Gericht Art. 2 Abs. 2 ZGB angerufen wird. Wie Orlando richtig feststellt, gibt dies jedoch keinen Anlass

-
- (1) Loi no. 73-680 du 13 juillet 1973 modifiant le Code du Travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée.
 - (2) Loi no. 75-5 du 3 janvier 1975 relative aux licenciements pour cause économique.
 - (3) ARNOLD 45ff.
 - (4) CHRISTEN 88ff, ORLANDO 200, ARNOLD 188ff, GOLDSCHMIDT 170ff, VÖGELI 93ff.
 - (5) Vgl. Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt vom 16. Jan. 1978, in Volk und Recht 1980 Nr. 15, 7.

zur Annahme, das Bedürfnis nach vermehrtem Schutz vor missbräuchlichen Kündigungen existiere nicht (1), wie dies immer wieder erklärt wird (2). Vielmehr ist zu bedauern, dass im Rechtsalltag sich die Kündigung immer noch gewissermassen "jenseits von Gut und Böse" präsentiert (3). Dass nämlich auch eine Kündigung, obwohl sie zur Gültigkeit keiner Begründung bedarf und formlos gültig ist, missbräuchlich sein kann, ist in der Lehre seit langem unbestritten (4). Mehr oder weniger Einheligkeit besteht auch darüber, welches im einzelnen solche Missbrauchstatbestände sein können. So wird in der Literatur der Missbrauch vor allem beim Motiv der Kündigung gesehen. In diesem Sinne als unzulässig bezeichnet werden insbesondere Kündigungen wegen Schwangerschaft der Arbeitnehmerin, wegen des religiösen Bekenntnisses des Arbeitnehmers oder dessen politischer oder gewerkschaftlicher Aktivität oder Geltendmachung eines gesetzlichen oder vertraglichen Rechts (5). Weniger Beachtung fand bis anhin die wegen ihrer Form missbräuchliche Kündigung. Zweifellos kann aber auch die Art und Weise, wie ein Arbeitnehmer entlassen wird, unter dem Aspekt von Art. 2 ZGB von Bedeutung sein.

(1) ORLANDO 199.

(2) Vgl. z.B. BR Furgler in Beantwortung der Motion Trottmann: "Artikel 2 ZGB ist rechtsgenügend, was sich daraus ableiten lässt, dass während der langen Geltungsdauer dieses Artikels 2 ZGB keine Fälle unseres obersten Gerichts erkennbar wurden, die nach einer Ergänzung der Bestimmungen gerufen hätten" (in StenBull NR 1976, 112).

(3) So HERSCHEL in DB 1973, 81 in Kritik solcher früherer deutscher Lehrmeinungen.

(4) Vgl. OSER/SCHOENENBERGER N 14 zu Art. 347 OR: "Auch das Kündigungsrecht steht wie jedes Recht unter Art. 2 ZGB (...)." VISCHER 414: "Es ist aber in der Literatur anerkannt, dass auch die Kündigung unter dem Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB steht (...)." SPOENDLIN 142: "Die Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB macht grundsätzlich vor dem Kündigungsrecht im Arbeitsvertrag nicht halt.", ebenso GRISEL 519a.

(5) REHBINDER 101, ORLANDO 202f, VOEGELI 106ff.

In dogmatischer Hinsicht grössere Probleme stellen sich bei der Bestimmung der Rechtsfolgen der missbräuchlichen Kündigung. Von der Lehre einhellig abgelehnt wird diesbezüglich die Nichtigkeit, welche "keine praktikable Lösung" (1) darstelle, da die Anfechtung der Kündigung an keine besondere Frist gebunden sei und weil der Zeitpunkt der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht bestimmt werden könne (2). Ferner sei die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses gegen den Willen der kündigenden Partei nicht durchsetzbar (3). Als Lösung vorgeschlagen wurde deshalb von verschiedenen Autoren die analoge Anwendung des von Art. 336g OR bei der Kündigung wegen Militärdienstes einzuhaltenden Verfahrens (4), welches vorsieht, dass der Arbeitnehmer gegen die missbräuchliche Kündigung innert 30 Tagen beim Arbeitgeber protestiert und nachfolgend das Arbeitsverhältnis von den Parteien entweder einverständlich wieder fortgesetzt wird oder dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber eine Kündigungsabfindung in der Höhe von maximal 6 Monatslöhnen zu zahlen ist. Grundlage dieser Analogie ist nach Orlando das Vorliegen einer echten Gesetzeslücke, wie sie sich aus den Materialien, insbesondere der Botschaft zum OR-Entwurf von 1967 (5) ergebe (6). Genau umgekehrt argumentiert allerdings Brühwiler, welcher diese Analogie ebenfalls mit Hinweis auf die Entstehungsgeschichte von Art. 336g OR ablehnt und in dieser Frage qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers, d.h. eine abschliessende gesetzliche Regelung annimmt (7). Wieder andere Autoren

(1) So VISCHER 417.

(2) So SCHWEINGRUBER N 2 zu Art. 336g OR.

(3) ORLANDO 200, REHBINDER 101.

(4) ARNOLD 203ff, ORLANDO 200, REHBINDER 101.

(5) Vgl. BBl. 1967 II 385.

(6) ORLANDO 200ff.

(7) BRUEHWILER Einleitung zu Art. 336g OR; ferner allgemein zum Problem SPOENDLIN 143ff.

betrachten die rechtsmissbräuchliche Kündigung unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung, vor allem der absichtlichen sittenwidrigen Schädigung, und leiten daraus einen Schadenersatzanspruch des Arbeitnehmers nach Art. 41 Abs. 1 OR ab (1). Damit würde allerdings nur noch schuldhaftes Handeln des Arbeitgebers erfasst und eine sachlich nicht gerechtfertigte Einschränkung des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots bewirkt. Zudem sind die Grundlagen der Schadensberechnung ungewiss (2). In der Regel würde sich der Schaden aus dem Lohnausfall ergeben. Um dessen Höhe festzusetzen, müsste der Richter ein fiktives "ordentliches" Ende des Arbeitsverhältnisses annehmen. Damit kommt jedoch wieder das bereits gegen die Nichtigkeit der missbräuchlichen Kündigung angeführte Argument, der Zeitpunkt des rechtlichen Endes des Arbeitsverhältnisses sei nicht bestimmbar, ins Spiel. Die Behandlung der rechtsmissbräuchlichen Kündigung als unerlaubte Handlung bringt somit keine wirklichen Vorteile.

Die Annahme der Nichtigkeit als primäre Rechtsfolge der missbräuchlichen Kündigung wird nun allerdings zu generell abgelehnt. Das Vorgehen über die Nichtigkeit kann nämlich in vielen Fällen zu praktikablen Lösungen führen. So beispielsweise dann, wenn der Arbeitgeber einer schwangeren Arbeitnehmerin auf einen Termin unmittelbar vor beginnender Sperrfrist (3) kündigt. Ist die Kündigung in Hinblick auf die Schwangerschaft und zur Abwendung von Lohnfortzahlungspflichten erfolgt, ist sie missbräuchlich und nichtig. Hingegen müsste eine erneute Kündigung nach Ablauf der Kündigungssperrfrist als zulässig erachtet wer-

(1) MERZ N 317 zu Art. 2 ZGB, ferner v.a. VOEGELI 113ff.

(2) Ausgesprochen vage sind u.a. auch die diesbezüglichen Ausführungen VOEGELIS 114.

(3) Art. 336e Abs. 1 lit. c OR.

den. Bis zum Ablauf eines solchen zweiten Kündigungstermins wäre das Arbeitsverhältnis als mit allen Wirkungen fortbestehend zu betrachten. Bis zu diesem Zeitpunkt bestünde insbesondere auch eine grundsätzliche Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers. Gemäss Art. 324 Abs. 2 OR (Annahmeverzug des Arbeitgebers) müsste sich die Arbeitnehmerin allerdings auf diesen Lohnanspruch anrechnen lassen, was sie durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat. Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers würde deshalb, selbst wenn dieser eine zweite, zulässige Kündigung nicht mehr ausspräche, in der Regel nie unbeschränkt andauern (1). In gleicher Weise wäre bei allen missbräuchlichen Kündigungen vorzugehen, welche von Arbeitgebern ausgesprochen werden, um zukünftige gesetzliche oder vertragliche und vom Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängige Sonderleistungen wie beispielsweise Gratifikationen, Abgangsentschädigungen, Lohn für die Zeit der Verhinderung des Arbeitnehmers wegen bevorstehender Operation etc. nicht erbringen zu müssen.

Dem weiteren Einwand, es mangle an einer zeitlichen Beschränkung für die Anfechtung, ist entgegenzuhalten, dass auch für die Anfechtung einer fristlosen Entlassung keine kürzere als die allgemeine 5-jährige Verjährungsfrist (Art. 128 Ziff. 3 OR) (2) besteht. Es ist nicht einzusehen, wieso das Fehlen einer kurzen Anfechtungsfrist bei der ordentlichen Kündigung einen grösseren Mangel darstellen soll, als bei der ausserordentlichen. Ferner hat der Arbeitnehmer gemäss heutiger Rechtsprechung gegen eine fristlose Entlassung sofort beim Arbeitgeber zu "protestieren", d.h. seine Arbeit ausdrücklich noch-

(1) Diese Befürchtung äussert z.B. ARNOLD 192.
(2) BRUNNER 57.

mals anzubieten (1). Es ist anzunehmen, dass die Gerichte auch bezüglich der Anfechtung der missbräuchlichen Kündigung analoge Grundsätze entwickeln würden.

Die vorgeschlagene Lösung entspricht im übrigen derjenigen des österreichischen Rechts, wo der Richter, nachdem er die Unzulässigkeit der Kündigung festgestellt hat, weder eine Kündigungsabfindung festsetzt noch die tatsächliche Wiedereinstellung des Arbeitnehmers anordnet, sondern lediglich den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses erklärt, in der Erwartung, die Parteien setzten dieses von sich aus wieder fort (2). Weigert sich der Arbeitgeber, den Arbeitnehmer wieder einzustellen, finden lediglich die Regeln über den Annahmeverzug Anwendung. Meist ist in der Folge nicht mehr feststellbar, auf welchen Zeitpunkt das erste Arbeitsverhältnis rechtlich endigt. In der Praxis ist dies jedoch in der Regel kein Mangel. Für den Arbeitnehmer von Bedeutung ist lediglich, dass er den Lohn bis zum Antritt der neuen Stelle vom früheren Arbeitgeber erhält. Dieser Anspruch lässt sich meist sicher berechnen. Allerdings ist diese österreichische Regelung keinesfalls ideal. Insbesondere können Schwierigkeiten entstehen, wenn der Arbeitnehmer nur für kurze Zeit eine neue Stellung oder nur eine Halbtagsstelle oder eine generell schlechter bezahlte Stelle findet.

Kein Argument gegen die grundsätzliche Anwendbarkeit des Art. 2 Abs. 2 ZGB im Kündigungsrecht, jedoch ein Argument gegen ein Kündigungsschutzkonzept, das lediglich auf einem Ver-

(1) Vgl. die Praxis des Arbeitsgerichtes Zürich, in JAR 1980, 278ff ; ferner ebenso VISCHER 420. Zu Recht gegen dieses Erfordernis des Protests REHBINDER 106 und MEIER 85.

(2) Vgl. § 9 E

bot der rechtsmissbräuchlichen Kündigung beruht, ist die Regelung der Beweislast. Die den Rechtsmissbrauch begründenden Tatsachen sind nämlich fast ausnahmslos vom Arbeitnehmer darzulegen und zu beweisen. Dies wegen der Beweislastregel in Art. 8 ZGB, gemäss welcher Bestimmung derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet. Nun wird es aber ein Arbeitgeber regelmässig vermeiden, rechtsmissbräuchliche Kündigungsgründe anzugeben. Vielmehr wird er sich nur auf zulässige Kündigungstatbestände berufen. Für den Arbeitnehmer kann es seinerseits ausserordentlich schwierig sein, die tatsächlichen Kündigungsmotive nachzuweisen. An dieser unbefriedigenden Situation vermag auch eine Beweislastumkehrung nichts zu ändern. Die dargestellte Problematik wird im übrigen weder durch die freie richterliche Beweiswürdigung (z.B. Kanton Zürich § 148 ZPO) noch durch die im Arbeitsrecht gemäss Art. 343 Abs. 3 OR geltende Offizialmaxime beseitigt, da die Folgen der Beweislosigkeit letztlich nach wie vor den Arbeitnehmer treffen. Eine Lösung könnte allenfalls darin gefunden werden, dass wie in Oesterreich in Bezug auf den Rechtsmissbrauch (1) vom Arbeitnehmer kein strikter Beweis, sondern lediglich Glaubhaftmachung verlangt wird (2). Zu erwähnen ist schliesslich, dass gerade wegen der Frage der Beweislast in Frankreich die abus-Rechtsprechung als unbefriedigend empfunden und auf Druck der Arbeitnehmerschaft der sachliche Begründungszwang eingeführt wurde (3).

(1) Sog. Motivkündigung, vgl. § 9 C 2.

(2) Vgl. die Kritik dieser Regelung bei KUDERNA in ZAS 1974, 212.

(3) Mittels Gesetz Nr. 73-680 vom 13. Juli 1973.

§ 4 ZUR HÄRTEKLAUSEL

Praktisch nicht zur Kenntnis genommen wurden in der Schweiz ausländische Entwicklungen im Kündigungsschutzrecht, welche charakterisiert werden können als Schritt von der abstrakten zur kausalen Arbeitgeberkündigung. Ein gewisser Ansatz in diese Richtung wurde allerdings mit der Aufnahme einer "Härteklausel" in den VE 1945 zum Arbeitsgesetz gemacht, gemäss dessen Art. 14 Abs. 2 eine Kündigung ungerechtfertigt war, wenn sie mit Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers eine besondere Härte darstellte, die durch die Verhältnisse des Betriebes nicht geboten war. Diese Bestimmung hatte ihr fast wörtliches Vorbild in § 84 Ziff. 4 des deutschen Betriebsrätegesetzes von 1920. Eine solche soziale Kündigungsbeschränkung rief jedoch heftige Kritik der Arbeitgeber hervor (1). Daher ist die Härteklausel im offiziellen Entwurf zum Arbeitsgesetz von 1966 und anlässlich der Revision des OR nicht mehr erschienen (2).

Es lässt sich nachträglich nur schwer abschätzen, wie die Härteklausel in der Praxis angewandt worden wäre. Doch kann die deutsche Rechtsprechung zu § 84 Ziff. 4 BRG 1920 (3) einen Hinweis liefern, welche zwei grundsätzlich verschiedene Positionen einnahm. Der Streit ging darum, ob die Kündigung nur dann als ungerechtfertigt zu betrachten war, wenn aus ihr tatsächlich eine unbillige Härte erwuchs, oder ob eine Kündigung bereits deswegen als unbillig zu bezeichnen war, weil sie nicht durch die betrieblichen Verhältnisse oder durch das Verhalten des Arbeitnehmers gerechtfertigt wurde, ohne dass im

(1) ARNOLD 155.

(2) ARNOLD 138ff.

(3) Gemäss § 84 Ziff. 4 BRG 1920 war die Kündigung ungerechtfertigt, wenn diese sich als unbillig, nicht durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder durch die Verhältnisse des Betriebes bedingte Härte darstellte.

einzelnen auf die Auswirkungen für den Arbeitnehmer abzustellen war (1).

Härtekláuseln finden sich immer noch im Kündigungsrecht der BRD und Oesterreichs (2), wo sie allerdings nicht mehr den wesentlichen Kern des allgemeinen Kündigungsschutzes ausmachen, sondern nur noch subsidiär wirken, indem sie für die soziale Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer sorgen. Der moderne Kündigungsschutz geht nicht mehr von der Härte der Kündigung für den Arbeitnehmer aus, sondern verlangt generell für jede Kündigung durch den Arbeitgeber eine zureichende sachliche Rechtfertigung, welche letztlich auf betrieblicher Notwendigkeit beruht. Dieses Prinzip wird allerdings teilweise wieder durch den Gesetzgeber (3) oder durch die Rechtsprechung (4) relativiert, indem man den Anspruch auf Kündigungsschutz vom Vorliegen eines erheblichen Arbeitnehmerinteresses abhängig macht und dem Interesse des Arbeitgebers an der Kündigung gegenüberstellt (5).

(1) Vgl. dazu HERSCHEL in Festschrift für Schnorr von Carolsfeld 160.

(2) Vgl. § 8 A 3 und § 9 C 3 c.

(3) Vgl. § 9 C 3.

(4) Vgl. § 12 C.

(5) Gegen diese Interessenabwägung HERSCHEL in Festschrift für Schnorr von Carolsfeld 163: "Schon im Jahre 1954 hat das BAG judiziert: 'Zum gesetzlichen Tatbestand des § 1 Abs. 2 KSchG gehört auch das Merkmal der Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung und des Arbeitgebers an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses' (BAG AP Nr. 6 zu § 1 KSchG). Von der Abwägung steht im Gesetz kein Wort. Im Anschluss daran hat sich das BAG recht grosszügig vom Gesetzestext freigemacht und immer stärker der Interessenabwägung gehuldigt."

§ 5 REFORMBESTREBUNGEN

Nur wenige Jahre nach der 1971 erfolgten Revision des Arbeitsvertragsrechts (1) kam es in der Schweiz infolge Rezession zu einem massiven Einbruch in die Beschäftigungslage. Der mangelnde Kündigungsschutz wurde insbesondere bei Massenentlassungen plötzlich spürbar. Zahlreiche Vorstösse im Nationalrat waren die Folge. So die Motion Trottmann vom 15. Sept. 1975 betreffend Kündigungsschutz bei Massenentlassungen (2), die Motionen Jelmini vom 15. Sept. 1975 (3) und 14. Dez. 1976 betr. allgemeinen Kündigungsschutz und Kündigungsschutz bei Massenentlassungen (4), die Motion Welter betreffend allgemeinen Kündigungsschutz (5), das Postulat Schmid vom 15. Sept. 1975 betreffend Kündigungsschutz der älteren, invaliden und allgemein sozial schwächeren Arbeitnehmer (6), das Postulat Dirren vom 6. Okt. 1977 betreffend besonderen Kündigungsschutz älterer und invalider Arbeitnehmer (7), die Motionen der christlich-demokratischen Fraktion und von Meier-Josi vom 26. Sept. 1977 und die Motion Carobbio vom 5. Okt. 1977 u.a. betreffend besonderen Kündigungsschutz bei Mutterschaft (8), die Interpellation Carobbio betreffend Schutz der Arbeitsplätze vom 21. Juni 1978, die Motion Leuenberger vom 6. Dez. 1979 betreffend Schutz vor fristlosen Entlassungen (9), die Motion Muheim vom 28. Nov. 1979 betreffend allgemeinen Kündigungsschutz (10), die parlamentari-

-
- (1) BG vom 25.6.1971 über die Revision des 10. Titels und des Titels 10bis des OR (Der Arbeitsvertrag), in Kraft gesetzt auf den 1.1.1972.
 - (2) StenBull NR 1976, 111f.
 - (3) StenBull NR 1976, 966ff.
 - (4) StenBull NR 1978, 89ff.
 - (5) StenBull NR 1975, 1851.
 - (6) StenBull NR 1975, 1863.
 - (7) StenBull NR 1978, 16.
 - (8) StenBull NR 1978, 1323.
 - (9) StenBull NR 1980, 114ff.
 - (10) StenBull NR 1980, 443ff.

sche Einzelinitiative Carobbio vom 13. Dez. 1979 betr. allgemeinen Kündigungsschutz. Ferner verlangte der Schweizerische Gewerkschaftsbund in einer Eingabe an den Bundesrat vom 18. März 1980 (1) eine umfassende Verbesserung des allgemeinen und besonderen Kündigungsschutzes, besseren Schutz gegen Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen sowie flankierende Massnahmen durch die Regelung des befristeten Arbeitsverhältnisses und der Temporärrarbeit. Des weitem wurden verschiedene Volksinitiativen lanciert, so die Initiative "Sichere Arbeitsplätze für alle" der POCH vom 24. Jan. 1979 (2) und die Initiative "Für einen wirksamen Schutz der Mutterschaft" vom 21. Jan. 1980 (3). Ferner lancierte der Christlich-nationale Gewerkschaftsbund (CNG) im Herbst 1980 die Volksinitiative "betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis" (4), welche folgenden Wortlaut hat:

"1. Der Bund erlässt Bestimmungen über den Kündigungsschutz des Arbeitnehmers, insbesondere nach folgenden Grundsätzen:

- a) Der Arbeitgeber hat auf Verlangen des Arbeitnehmers die Kündigung schriftlich zu begründen.
- b) Eine ungerechtfertigte Kündigung kann vom Arbeitgeber angefochten werden. Die Kündigung ist namentlich ungerechtfertigt, wenn sie infolge Ausübung von Grundrechten durch den Arbeitnehmer erfolgt oder wenn sie nicht überwiegend schützenswerten Interessen des Arbeitgebers entspricht.
- c) Hat eine gerechtfertigte Kündigung für den Arbeitneh-

(1) Vgl. Gewerkschaftliche Rundschau 1980, 118ff.

(2) BB1. 1979 I 218f.

(3) BB1. 1980 I 821f.

(4) BB1. 1980 III 434f.

mer oder seine Familie eine besondere Härte zur Folge, kann das Arbeitsverhältnis erstreckt werden.

- d) Der Arbeitgeber darf dem Arbeitnehmer nicht kündigen während der ersten 6 Monate der durch Krankheit oder Unfall bedingten Arbeitsunfähigkeit oder solange dass dem Arbeitnehmer Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag oder Taggeldleistungen der Kranken-, Unfall- oder Militärversicherung zustehen. Ebenso ist die Kündigung unzulässig während der Schwangerschaft und in den 10 Wochen nach der Niederkunft.

2. Der Gesetzgeber regelt den Kündigungsschutz bei Kollektiventlassungen aus wirtschaftlichen Gründen."

Es wird sich zeigen, ob diese Initiative zu einer Verbesserung des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes des Arbeitnehmers führen wird. Anzumerken ist aber, dass die vorgeschlagenen Regelungen in jedem Falle im Vergleich zum Kündigungsschutzrecht des Auslandes nur bescheidene Neuerungen brächten.

2. K A P I T E L : K U E N D I G U N G S S C H U T Z N A C H

D E M R E C H T D E S B E N A C H -

B A R T E N A U S L A N D E S

1. ABSCHNITT: EINLEITUNG

§ 6 BEGRIFFSBESTIMMUNGEN

Als Bestandesschutzvorschriften werden gemeinhin alle Bestimmungen bezeichnet, welche der unsachlichen oder überstürzten Auflösung eines Dauerrechtsverhältnisses entgegenwirken (1). Im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht sind solche Bestandesschutzvorschriften die zeitlichen Kündigungssperrfristen (2), das sachliche Verbot der Kündigung wegen Militärdienst (3) und in einem weiteren Sinne auch die Kündigungsfristen (4). Wegen der für beide Parteien bestehenden Parität dieser Regelungen hat der Begriff Bestandesschutz in der Schweiz eine neutrale Bedeutung.

Dies ist im Arbeitsrecht unserer deutschsprachigen Nachbarländer anders, wo dieser Begriff bereits ein Synonym für den Kündigungsschutz des Arbeitnehmers ist. Solcher Bestandesschutz verfolgt verschiedene Ziele: Eine erste Gruppe von Kündigungsbeschränkungen bezweckt im Interesse der Volkswirtschaft die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und eine optimale Verteilung der Arbeitsplätze. Von Bedeutung ist hier vor allem der kollektive Kündigungsschutz bei Massenentlassungen. Die Kündigungsbeschränkungen einer zweiten Gruppe gehören zum individuellen Arbeitnehmerschutz, weil sie in erster Linie den ein-

(1) Vgl. dazu allgemein MOLITOR 149ff.

(2) Art. 336e und f OR.

(3) Art. 336g OR.

(4) Art. 334ff OR.

zeln Arbeitnehmer vor dem Verlust seines Arbeitsplatzes schützen. Zwischen diese beiden Gruppen einzureihen sind die Vorschriften, welche im Interesse der Belegschaft als Kollektiv bestehen und zu welchen vor allem der Kündigungsschutz der Arbeitnehmervertreter im Betrieb gehört (1).

Die Kündigungsschutzvorschriften werden ferner eingeteilt in allgemeine und besondere. Zum besonderen Kündigungsschutz gehören alle diejenigen Bestimmungen, welche zu Gunsten besonders schutzbedürftiger Arbeitnehmer (beispielsweise ältere oder invalide Arbeitnehmer, Schwangere oder Arbeitnehmervertreter) bestehen. Zum allgemeinen Kündigungsschutz gehören die Vorschriften, welche in allgemeiner Weise die Arbeitnehmer vor ungerechtfertigten oder missbräuchlichen Kündigungen schützen, ein Schutz, welcher sich in gewissen Ländern bereits zu einem Recht des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz verdichtet hat (2).

§ 7 HISTORISCHE ENTWICKLUNG DES ALLGEMEINEN KÜNDIGUNGSSCHUTZES

In Deutschland war es das während der Weimarer Republik in Kraft getretene Betriebsrätegesetz vom 4. Feb. 1920 (BRG 1920), welches mit einer Härteklausel (3) eine erste Etappe im allgemeinen Kündigungsschutzrecht markierte (4). Das nationalsozia-

-
- (1) Eine solche Zwischenstellung nimmt auch der allgemeine Kündigungsschutz nach österreichischem Recht ein, welcher kollektivrechtlich konzipiert ist, weil das materielle Recht zur Anfechtung einer ungerechtfertigten Kündigung der Belegschaft zusteht (FLORETTA in DRdA 1971, 1ff). In minderem Masse gilt dies ferner für den Kündigungsschutz all unserer Nachbarländer, weil dieser zumindest teilweise auch im Betriebsverfassungsrecht geregelt wird.
- (2) ZANGARI 320ff , ferner HERSCHEL in BB 1977, 709.
- (3) § 84 Abs. 1 Ziff. 4 BRG.
- (4) SINZHEIMER 201f.

listische Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Jan. 1934 (AOG), welches das BRG ablöste, übernahm zwar diese Härteklausel, deren Wirksamkeit wurde jedoch durch für den Arbeitnehmer ungünstigere Verfahrensvorschriften und eine restriktive Rechtsprechung erheblich reduziert (1). Nachdem die Alliierten das AOG auf den 1. Jan. 1947 aufgehoben hatten, traten in der BRD erst wieder mit dem Kündigungsschutzgesetz von 1951 allgemeine Kündigungsschutzvorschriften in Kraft. Modifiziert wurde diese Regelung später durch das Betriebsverfassungsgesetz von 1952, das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14. August 1968, die Neufassung des Kündigungsschutzgesetzes vom 25. August 1969 und des Betriebsverfassungsgesetzes vom 15. Januar 1972.

Einen ähnlichen Verlauf wie in der BRD nahm die Entwicklung in Oesterreich. Allgemeinen Kündigungsschutz normierte erstmals das Betriebsrätegesetz von 1919, welches dem Betriebsrat gegen Kündigungen wegen gewerkschaftlicher oder politischer Aktivität des Arbeitnehmers ein Anfechtungsrecht gewährte (2). Nach der Besetzung Oesterreichs wurde diese Regelung durch das bereits genannte deutsche Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit abgelöst. Nach dem 2. Weltkrieg trat 1947 ein neues Betriebsrätegesetz in Kraft, welches eine Härteklausel enthielt (3). Dieses Gesetz wurde durch das aktuell geltende Arbeitsverfassungsgesetz von 1974 aufgehoben, welches den allgemeinen Kündigungsschutz in seinen §§ 105ff unter dem Gesichtspunkt der Sozialwidrigkeit in starker Anlehnung an das Kündigungsschutzrecht der BRD regelt.

(1) DAEUBLER II 265.

(2) § 3 Ziff. 9 BRG 1919.

(3) § 25 Abs. 4 BRG 1947.

In Frankreich waren es die Gerichte, welche bereits in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot im Kündigungsrecht zur Anwendung brachten. Gesetzlich verankert wurden die ersten derartigen Grundsätze durch Gesetz vom 27. Dezember 1890, welches zwar das Kündigungsrecht beider Vertragsparteien betonte, jedoch gleichzeitig bestimmte, dass eine Kündigung Schadenersatzfolgen nach sich ziehen könne. Diese Regelung wurde durch das Gesetz vom 29. Juli 1928 ergänzt, welches in einer sehr unklar gehaltenen Bestimmung dem in einem Kündigungsstreit angerufenen Richter die Befugnis erteilte, die Umstände der Vertragsauflösung von Amtes wegen abzuklären. Ferner mussten die vom Kündigenden im Prozess genannten Kündigungsgründe im Urteil ausdrücklich genannt werden. Diese Vorschriften wurden von den unteren Instanzen und von einem grossen Teil der Lehre dahingehend interpretiert, dass vom Arbeitgeber die wirklichen und zudem zureichenden Kündigungsgründe genannt und bewiesen werden müssten. Die Cour de Cassation als oberstes Gericht hat diese Ansicht allerdings nicht geteilt, sondern dem Arbeitnehmer den Beweis für die Missbräuchlichkeit der Kündigung auferlegt (1). Eine Aenderung dieser Situation erfolgte erst nach den Mai-Unruhen von 1968, die zu den Accords de Grenelle vom 27. Mai 1968 zwischen Arbeiterschaft und Regierung führten, welche ihrerseits die Grundlage für die beiden Kündigungsschutzgesetze von 1973 und 1975 (2) bildeten. Durch die genannten Gesetze wurde der reinen Missbrauchsrechtsprechung im Kündigungsschutzrecht ein Ende gesetzt (3) und der Uebergang zur kausalen Arbeitgeberkündigung vollzogen.

(1) ARNOLD 48 und 98ff.

(2) Beide Gesetze wurden in den CT integriert und werden nachfolgend nach dessen Zählweise zitiert.

(3) BRUN/GALLAND I 856: "La technique de la rupture abusive est abandonnée: l'employeur qui licencierait sans cause réelle et sérieuse n'abuserait pas de son droit de résiliation, il en dépasserait les limites."

In Italien ist das freie Kündigungsrecht des Arbeitgebers unmittelbar nach dem 2. Weltkrieg zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit vorübergehend eingeschränkt worden (1). Dieser Kündigungsstopp (blocco dei licenziamenti) wurde verhängt durch einen Erlass vom 21. August 1945 (2) und betraf sowohl die Massen- wie auch die Individualentlassungen. Wegbereiter des allgemeinen Kündigungsschutzes waren jedoch die nationalen Kollektivverträge vom 18. Okt. 1950 und vom 25. April 1965 betreffend die Individualentlassung (3), von welchen insbesondere der spätere das Kündigungsschutzgesetz von 1966 massgeblich prägte. Ausgebaut wurde der allgemeine Kündigungsschutz des weitern durch das Arbeitnehmerstatut von 1970.

2. ABSCHNITT: ALLGEMEINER KUENDIGUNGSSCHUTZ GEMAESS GELTENDEM RECHT

§ 8 BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

A. Sachliche Einschränkungen der ordentlichen Kündigung

1. Unwirksamkeit sozialwidriger Kündigungen

Die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber ist unwirksam, d.h. sozialwidrig, wenn sie nicht durch Gründe in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers oder durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen (§ 1 Abs. 2 KSchG). Sozialwidrig ist ferner auch jede an sich gerechtfertigte Kün-

(1) ALF 92.

(2) D.l.l. 21. agosto 1945, no. 523.

(3) Accordi interconfederali vom 18. Okt. 1950 (allgemeinverbindlich erklärt durch d.p.r. vom 14.7.1960, Nr. 1019 vgl. BIAGGI 88ff) und vom 25. April 1965.

digung, wenn bei der Auswahl des Gekündigten soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt wurden (sog. soziale Auswahl gemäss § 1 Abs. 3 KSchG).

2. Die zulässigen Kündigungsgründe

a) Personenbedingte Kündigung

Die personenbedingten Kündigungsgründe beruhen auf bestimmten Umständen in der Person des Arbeitnehmers, welche ihn meist unverschuldet ganz oder teilweise zur Arbeitsleistung unfähig machen. Diesbezüglich von Bedeutung ist in der Praxis vor allem die Krankheit des Arbeitnehmers. Diese stellt einen Kündigungsgrund dar, wenn sie langedauernd ist oder häufig auftritt, wenn Betriebsabläufe unzumutbar gestört werden oder wenn dem Arbeitgeber dadurch eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung erwächst (1). Von der Rechtsprechung wurden hiezu differenzierte Kriterien erarbeitet (2). Reduziertes Arbeitsvermögen wegen Alters oder anderen vom Arbeitnehmer nicht verschuldeten Umständen wird als Kündigungsgrund nach ähnlichen Grundsätzen beurteilt, wie die völlige Nichtleistung der Arbeit wegen Krankheit (3). Allgemeine berufliche Nichteignung ist ein weiterer möglicher personenbedingter Kündigungsgrund (4).

b) Verhaltensbedingte Kündigung

Verhaltensbedingte Kündigungsgründe werden in der Regel gesetzt durch eine schuldhafte Vertragsverletzung des Arbeitnehmers (5).

(1) DAEUBLER II 282.

(2) SCHAUB 699ff.

(3) BOBROWSKI/GAUL II 236ff.

(4) STAHLHACKE 118.

(5) STAHLHACKE 121.

Im Gegensatz zur ausserordentlichen hat für die ordentliche Kündigung keine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber vorzuliegen (1). Massstab für die Zulässigkeit der verhaltensbedingten Kündigung ist gemäss herrschender Lehre, "ob ein objektiver, verständig urteilender Arbeitgeber einen Umstand als Kündigungsgrund ansehen würde" (2). Genau wie der ausserordentlichen hat auch der ordentlichen Kündigung eine Ermahnung des Arbeitgebers vorauszugehen (3). Grundsätzlich ist es gleiches Verhalten des Arbeitnehmers, welches den Arbeitgeber zur verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung berechtigt, wie es auch bei der ausserordentlichen in Betracht fällt. Die diesbezügliche Unterscheidung wird vielmehr nach der Schwere eines Verstosses gemacht (4).

c) Betriebsbedingte Kündigung

Die für eine betriebsbedingte Kündigung notwendigen betrieblichen Erfordernisse (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG) liegen bei schlechter Auftragslage, Betriebsschliessung, Betriebsveräusserung, Produktionsänderung oder bei Bestehen anderer Umstände vor, welche zum Wegfall von Arbeitsplätzen führen. Die Kündigung ist immer dann zulässig, wenn der Arbeitnehmer aus objektiven, beim Betrieb liegenden Gründen nicht mehr verwendet werden kann. Nicht von Bedeutung ist, ob diese Situation durch äussere wirtschaftliche Bedingungen oder lediglich durch den Arbeitgeber herbeigeführt worden ist. Gemäss herrschender Lehre kann ein Unternehmerentscheid vom Richter, welcher eine be-

(1) SCHAUB 704.

(2) Vgl. BAG AP Nr. 3 zu § 1 KSchG (verhaltensbedingte Kündigung) und die Kritik DAEUBLERS II 289 an dieser einseitigen Berücksichtigung des Arbeitgeberstandpunktes.

(3) SCHAUB 704.

(4) HUECK N 89 zu § 1 KSchG.

triebsbedingte Kündigung zu beurteilen hat, nicht auf seine Notwendigkeit oder Zweckmässigkeit hin überprüft werden (1). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht nur dann, wenn ein solcher Entscheid offenbar unsachlich, unvernünftig, willkürlich oder schlechterdings nicht zu verantworten ist (2).

3. Soziale Auswahl

Bei einer betriebsbedingten Kündigung hat der Arbeitgeber bei der Auswahl der zu Entlassenden soziale Gesichtspunkte zu berücksichtigen (§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG). Als solche sind deren Lebensalter, Dienstalter, Familienverhältnisse, Vermögensverhältnisse, Chancen auf dem Arbeitsmarkt etc. von Bedeutung. Problematisch ist, dass es dem Gekündigten obliegt, seine nichtsoziale Auswahl nachzuweisen (§ 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG). So ist er unter anderem auch genötigt darzulegen, dass andere Kollegen als weniger schutzwürdig vor ihm zu entlassen seien. Immerhin hat jedoch der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Tatsachen anzugeben, die bei seiner Auswahl berücksichtigt worden sind (§ 1 Abs. 3 Ende Satz 1 KSchG).

Der Grundsatz der sozialen Auswahl gilt nicht bei Vorliegen entgegenstehender betriebstechnischer, wirtschaftlicher oder sonstiger berechtigter betrieblicher Bedürfnisse (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG). Solche bestehen beispielsweise dann, wenn der Betrieb wegen der Entlassung eines weniger schützenswerten, weil sozial stärkeren Arbeitnehmers in eine Zwangslage geraten würde (3).

(1) SOELLNER 237, SCHAUB 716ff.

(2) ZOELLNER 179.

(3) SCHAUB 720.

4. Erweiterung des Kündigungsschutzes bei Widerspruch des Betriebsrates

Sozialwidrig kann ferner eine Kündigung auch dann sein, wenn sie gegen kollektivvertragliche Kündigungsrichtlinien verstösst, wenn der Arbeitnehmer an einen anderen Arbeitsplatz versetzt oder nach zumutbarer Umschulung oder unter geänderten Vertragsbedingungen weiter verwendet werden könnte (§ 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG). Gemäss dem Wortlaut des Gesetzes kann in den genannten Fällen die Sozialwidrigkeit allerdings nur eintreten, wenn vom Betriebsrat gegen die Kündigung Widerspruch erhoben worden ist.

Es ist umstritten, inwieweit es tatsächlich auf das Erfordernis des Widerspruchs ankommt (1). Ein gewisser Anspruch auf Umschulung, Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz oder Fortführung des Arbeitsverhältnisses unter geänderten Bedingungen wird dem Arbeitnehmer bei Vorliegen einer betriebsbedingten Kündigung nämlich mehr oder weniger generell zugestanden (2).

B. Kündigungsverfahren

1. Anhörung des Betriebsrates

Die Anhörung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung ist weder gemäss der allgemeinen Regelung des BGB noch derjenigen des Kündigungsschutzgesetzes erforderlich. Hingegen ist der Betriebsrat vor jeder ordentlichen oder ausserordentlichen Kündigung anzuhören. Diese Anhörung ist formelles Wirksamkeitserfordernis der Kündigung (3).

(1) DAEUBLER II 279.

(2) BOBROWSKI/GAUL II 237 ff, ferner STAHLHACHE 135.

(3) § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG.

2. Widerspruch des Betriebsrates

Allfälliger Widerspruch des Betriebsrates gegen die Kündigung berührt deren Wirksamkeit nicht direkt, sondern bewirkt lediglich die in ihrer Bedeutung umstrittene zusätzliche materielle Einschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers gemäss § 1 Abs. 2 Satz 2 und 3 KSchG (1). Der Widerspruch des Betriebsrates ist ferner eine der Voraussetzungen für die provisorische Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers während hängigem Kündigungsschutzverfahren (2).

3. Einspruch des Arbeitnehmers beim Betriebsrat

Hält der Arbeitnehmer seine Kündigung für ungerechtfertigt, so kann er gegen diese innert einer Woche nach deren Erhalt beim Betriebsrat Einspruch erheben (3). Erachtet der Betriebsrat den Einspruch für begründet, so hat er zu versuchen, eine Verständigung mit dem Arbeitgeber herbeizuführen (§ 3 Satz 2 KSchG).

C. Kündigungsschutzverfahren

1. Kündigungsschutzklage

a) Anfechtungsfrist

Der Arbeitnehmer hat eine sozialwidrige Kündigung innert drei Wochen nach deren Erhalt beim Arbeitsgericht anzufechten (§ 4 Satz 1 KSchG). Nach Ablauf dieser von Amtes wegen zu beachtenden (4) Verwirkungsfrist (5) wird die Sozialwidrigkeit durch

(1) Vgl. vorne § 8 A 4.

(2) Gemäss § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG (vgl. hinten § 8 E).

(3) § 3 Satz 1 KSchG.

(4) STAHLHACHE 147.

(5) ZOELLNER 181.

Zeitablauf geheilt und die Kündigung gilt als von Anfang an rechtswirksam (§ 7 KSchG). Bei unverschuldeter Fristversäumnis kann vom Gericht noch während sechs Monaten eine verspätete Klage zugelassen werden (§ 5 Abs. 1 KSchG). Diese Regelung gilt auch für die ausserordentliche Kündigung (§ 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG), wodurch die allgemeine Regelung des BGB, welches keine solche Anfechtungsfrist kennt, zu Ungunsten des Arbeitnehmers geändert wird. Nicht an die Fristen des Kündigungsschutzgesetzes gebunden ist die gerichtliche Anfechtung der Kündigung, welche gegen die guten Sitten verstösst (§ 13 Abs. 2 Satz 1 KSchG).

b) Inhalt des Klagebegehrens

Der Arbeitnehmer hat beim Gericht Klage zu erheben auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung auf den in ihr bestimmten Termin nicht aufgehoben worden sei (§ 4 Satz 1 KSchG). Diese Feststellung ist unter anderem eine Voraussetzung für die allfällig weitere Zusprechung einer Kündigungsabfindung oder der richterlichen Anordnung der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers. Macht dieser hingegen nur eine Leistungsklage auf Ausrichtung des Lohnes wegen Fortbestands des Arbeitsverhältnisses anhängig, wird die Sozialwidrigkeit der Kündigung nicht automatisch mitüberprüft. Eine Korrektur dieser eher formalistischen Regelung erfolgt dadurch, dass eine nachträgliche Klageänderung noch während gewisser Zeit im Prozess möglich ist (1).

(1) HUECK N 6 zu § 4 KSchG.

c) Beweislast

Der Arbeitgeber hat alle Tatsachen zu beweisen, welche die Kündigung rechtfertigen (§ 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG). Dies gilt sowohl für die personen-, die verhaltens- wie auch die betriebsbedingte Kündigung. Umgekehrt hat der Arbeitnehmer zu beweisen, dass bei seiner Auswahl soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt worden sind (§ 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG). Diese letztere Regelung ist problematisch, weil der Gekündigte andere Arbeitnehmer zur Entlassung vorschlagen muss, um seine eigene zu verhindern. Den Arbeitnehmer trifft auch die Beweislast, wenn er behauptet, seine Entlassung könne mit für ihn weniger einschneidenden Massnahmen, wie beispielsweise mit Kurzarbeit, verhindert werden (1). Handelt es sich allerdings um eine durch den Betriebsrat in seinem Widerspruch genannte Weiterbeschäftigungsmöglichkeit (2), so hat der Arbeitgeber den (negativen) Beweis zu führen, dass eine solche nicht in Frage kommt (3).

d) Nachschieben von Kündigungsgründen

Gemäss § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung sämtliche Kündigungsgründe bekanntzugeben. Das Nachschieben wesentlicher und bereits vor der Kündigung bekannter Kündigungsgründe ist nicht zulässig.

D. Urteil

1. Zulässige Kündigung

Erachtet das Gericht die Kündigung für sozial gerechtfertigt,

(1) STAHLHACKE 131.

(2) Z.B. Versetzung im Betrieb, Umschulung etc. (vgl. § 8 A 4).

(3) HUECK N 150 zu § 1 KSchG.

so weist es die Klage des Arbeitnehmers ab. In der Folge endigt das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist.

2. Sozialwidrige Kündigung

a) Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses

Hält das Gericht die Kündigung für sozialwidrig oder für aus anderen Gründen unwirksam (1), so hat es, sofern keine weiteren Parteianträge gestellt worden sind, nur den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses festzustellen. Diese Feststellung bezieht sich nicht auf den Zeitpunkt des Urteils, sondern auf die rechtliche Lage am Ende des Kündigungsstermins (2). Ist der Arbeitnehmer in der Zwischenzeit ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen, so kann er binnen einer Woche nach Rechtskraft des Urteils durch Abgabe einer Erklärung gegenüber dem früheren Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verweigern (§ 12 Satz 1 KSchG). Folge dieser Weigerung ist, dass dem Arbeitnehmer nur noch ein Anspruch auf Lohn bis zum Eintritt ins neue Arbeitsverhältnis zusteht (§ 12 Satz 4 KSchG). Umgekehrt besteht keine besondere gesetzliche Regelung für den Fall, dass der Arbeitgeber sich weigert, den Arbeitnehmer wieder zu beschäftigen. Zur Anwendung gelangen deshalb lediglich die Vorschriften betreffend den Annahmeverzug des Arbeitgebers (3) (§ 615 BGB und § 11 KSchG).

b) Gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Das Kündigungsschutzgesetz geht nicht davon aus, dass bei erstellter Sozialwidrigkeit der Kündigung das Arbeitsverhältnis

(1) Vgl. hinten § 8 I.

(2) STAHLHACKE 153.

(3) BLEISTEIN 209ff.

immer fortzudauern habe. Vielmehr kann der Richter auf entsprechenden Antrag jeder der Parteien die Auflösung des Arbeitsverhältnisses verfügen (§ 9 Abs. 1 KSchG).

Dem entsprechenden Antrag des Arbeitnehmers ist stattzugeben, wenn für ihn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist (§ 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG). Gemäss herrschender Lehre hat diese Unzumutbarkeit die gleiche Intensität zu erreichen, wie sie zur fristlosen Entlassung aus wichtigem Grund vorzuliegen hätte (1). Andererseits ist dem Auflösungsantrag des Arbeitgebers bereits dann stattzugeben, wenn eine dem Betriebszweck dienliche weitere Zusammenarbeit mit dem Arbeitnehmer nicht erwartet werden kann (§ 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG). Nicht notwendig ist, dass der Arbeitgeber ausserordentlich kündigen könnte (2).

Um Umgehungen zu verhindern, bestimmt § 13 Abs. 1 Satz 3 KSchG, dass der Arbeitgeber keinen Auflösungsanspruch habe, wenn von ihm unzulässigerweise ausserordentlich gekündigt worden ist. Gemäss Lehre ist auch dann der Auflösungsantrag des Arbeitgebers unzulässig, wenn dieser die Auflösungsgründe treuwidrig bewirkt hat (3).

Einem von beiden Parteien gleichzeitig gestellten Auflösungsantrag hat das Gericht immer stattzugeben (4). Das Gericht hat schliesslich die Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf den Zeitpunkt festzusetzen, an dem dieses bei Vorliegen einer zulässigen Kündigung geendet hätte (§ 9 Abs. 2 KSchG). In der Regel wird dieser Zeitpunkt durch den ordentlichen Kündigungstermin bestimmt.

(1) STAHLHACKE 155.

(2) HUECK N 19 zu § 9 KSchG.

(3) STAHLHACKE 156.

(4) SCHAUB 745.

c) Kündigungsabfindung

Wird das Arbeitsverhältnis durch Urteil aufgelöst, so steht dem Arbeitnehmer unabhängig davon, welche der Parteien den Auflösungsantrag gestellt hat, eine angemessene und vom Gericht automatisch zuzusprechende Kündigungsabfindung in der Höhe von bis zu 12 Monatssalären zu (§ 10 Abs. 1 KSchG). Für ältere Arbeitnehmer kann diese Abfindung bis auf 18 Monatssaläre erhöht werden (§ 10 Abs. 2 Satz 1 KSchG). Kriterien für die Festsetzung der Kündigungsabfindung sind das Ausmass der Sozialwidrigkeit der Kündigung, das Dienst- und Lebensalter des Arbeitnehmers, dessen Chancen auf dem Arbeitsmarkt, die finanzielle Situation beider Parteien etc. (1). Diese Kündigungsabfindung ist ihrer Natur nach weder Arbeitslohn noch Schadenersatz, sondern eine Entschädigung sui generis (2).

E. Provisorische Weiterbeschäftigung gemäss § 102 Abs. 5 BetrVG

1. Voraussetzungen

Bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens hat der Arbeitnehmer Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung unter folgenden Voraussetzungen: Es muss ihm ordentlich gekündigt worden und seine Kündigungsschutzklage anhängig sein, und der Betriebsrat muss gegen die Kündigung schriftlich Widerspruch eingelegt haben (§ 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG). Der Widerspruch selbst kann sich nur auf die in § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG genannten Widerspruchsgründe des Verstosses gegen Auswahlrichtlinien, der möglichen Versetzung des Arbeitnehmers im Unternehmen oder der möglichen Fortführung des Arbeitsverhältnisses nach Umschulung oder unter neuen Vertrags-

(1) DAEUBLER II 308.

(2) HUECK N 15 zu § 10 KSchG.

bedingungen sowie der unsozialen Auswahl des Gekündigten beziehen (§ 102 Abs. 3 BetrVG) (1).

2. Inhalt

Strittig ist, ob für den Arbeitnehmer überhaupt ein tatsächlicher Beschäftigungsanspruch durch § 102 Abs. 5 BetrVG begründet wird (2). Diese Frage stellt sich vor allem im Hinblick auf die Vollstreckung dieses Anspruchs (3). Das Gesetz bestimmt nämlich nicht, wie die Durchsetzung erfolgen kann, sondern sagt lediglich, der Arbeitnehmer könne vom Arbeitgeber seine Weiterbeschäftigung "verlangen". Von der herrschenden Lehre wird trotzdem eine echte Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers angenommen (4).

3. Durchsetzung

a) Ordentliche Klage

Der Arbeitnehmer kann zusammen mit seiner Kündigungsschutzklage eine Klage auf Weiterbeschäftigung anhängig machen. Obsiegt er damit in 1. Instanz, kann dieses Urteil vorläufig vollstreckt werden (5). Zu beachten ist jedoch, dass in aller Regel der erstinstanzliche Prozess bereits mehrere Monate dauern kann. In der Zwischenzeit wird der Arbeitnehmer meist aus ökonomischer Notwendigkeit und nicht zuletzt wegen der Regelung des § 11 KSchG (Anrechnung unterlassenen Einkommens) eine neue Stelle angetreten haben. Ein weiteres Problem entsteht, wenn der Arbeitgeber den Arbeitsplatz des Gekündigten bereits vor Ende des Prozesses wieder neu besetzt und in der Folge dem an sich voll-

(1) Vgl. vorne § 8 A 4.

(2) HUECK N 126 Einleitung KSchG.

(3) OTTO 69

(4) STAHLHACKE 140, FITTING/AUFFAHRN N 20 zu § 102 BetrVG.

(5) Gemäss § 62 Abs. 1 Satz 1 ArbGG. DUETZ 6.

streckbaren Weiterbeschäftigungsanspruch dieses Arbeitnehmers ein Beschäftigungsanspruch eines neuen Arbeitnehmers gegenübersteht, eine Situation, welche nach Ansicht gewisser Autoren ein Vollstreckungshindernis begründet (1).

b) Einstweilige Verfügung

Aus den bereits genannten Gründen ist für einen effektiven Bestandesschutz wichtig, dass die provisorische Weiterbeschäftigung rasch durchgesetzt werden kann. In gewissen Fällen kann dies auf dem Wege der einstweiligen Verfügung (§ 940 ZPO) erreicht werden. Erste Voraussetzung einer solchen ist die Glaubhaftmachung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer. Faktisch läuft dies auf eine weitgehende Prüfung der materiellen Rechtslage hinaus. Der durch § 102 Abs. 5 BetrVG generell gewährte provisorische Weiterbeschäftigungsanspruch vermag diese prozessrechtliche Regelung nicht zu verdrängen (2). Zum zweiten hat die einstweilige Verfügung der Abwehr wesentlicher Nachteile zu dienen (§ 940 ZPO). Der Durchsetzung der provisorischen Weiterbeschäftigung auf diesem Wege sind somit gewisse Grenzen gesetzt.

4. Entbindung des Arbeitgebers von der Weiterbeschäftigungspflicht

Auf Antrag des Arbeitgebers kann ihn das Gericht durch einstweilige Verfügung von der Pflicht zur vorläufigen Weiterbeschäftigung entbinden, wenn die Klage des Arbeitnehmers ergebnislos oder mutwillig erscheint, der Arbeitgeber unzumutbar wirtschaftlich belastet würde oder der Widerspruch des Betriebsrates offensichtlich unbegründet ist (§ 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG).

(1) Vgl. allgemein dazu FABRICIUS in ZfA 1972, 35ff.

(2) DUETZ 7.

F. Provisorischer Weiterbeschäftigungsanspruch und allgemeiner Beschäftigungsanspruch

Ein allgemeiner Beschäftigungsanspruch ist seit dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 10. November 1955 (1) für alle Arbeitsverhältnisse grundsätzlich anerkannt (2). Es stellt sich nun die Frage, "ob allein der Ausspruch der Kündigungserklärung hieran etwas ändert" (3). Das Bundesarbeitsgericht, welches eine Beschäftigungspflicht über den Kündigungstermin hinaus außerhalb der Regelung von § 102 Abs. 5 BetrVG grundsätzlich verneint (4), ist dieser Ansicht. Dies bedeutet, dass auch eine widerrechtliche Kündigung die Rechtsstellung des Arbeitnehmers zu dessen Ungunsten zu ändern vermag. Eine Ausnahme macht das Bundesarbeitsgericht nur dann, wenn die Kündigung ganz offensichtlich unwirksam ist, d.h. wenn der Arbeitnehmer ganz offensichtlich den Kündigungsschutzprozess gewinnen wird (5). Ein Teil der Lehre widerspricht dieser Auffassung (6). Ausgehend vom allgemein anerkannten Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers, statuiert sie auch einen allgemeinen provisorischen Weiterbeschäftigungsanspruch während der Dauer des Kündigungsschutzprozesses.

G. Aenderungskündigung

1. Allgemeines

Eine Aenderungskündigung liegt vor, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, jedoch gleichzeitig dem Arbeitnehmer dessen Fortsetzung zu geänderten Bedingungen anbietet. Werden

(1) BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB (Beschäftigungspflicht).

(2) Bestätigt im Urteil vom 19.9.1976 des BAG in DB 1976, 2308.

(3) So DUETZ 10.

(4) Urteil des BAG vom 25.5.1977 in DB 1977, 2099.

(5) Ebenda.

(6) Vgl. DUETZ 10ff und dort zitierte Autoren.

diese vom Arbeitnehmer akzeptiert, läuft das Arbeitsverhältnis weiter. Lehnt er sie ab, wird die Kündigung wirksam. Es bleibt dann dem Arbeitnehmer - sofern er dem Kündigungsschutzgesetz unterstellt ist - deren Anfechtung mittels Kündigungsschutzklage.

2. Regelung des Kündigungsschutzgesetzes: Annahme unter Vorbehalt

Gemäss § 2 Satz 1 KSchG bleibt dem Arbeitnehmer noch eine dritte Möglichkeit, nämlich die Annahme der Vertragsänderung unter dem Vorbehalt, dass diese nicht sozial ungerechtfertigt sei. Dieser Vorbehalt muss nicht sofort - beispielsweise nicht bereits bei der Unterredung mit dem Arbeitgeber, anlässlich welcher dieser die Änderungskündigung ausspricht - erklärt, sondern kann innert Kündigungsfrist, längstens aber innerhalb von drei Wochen nach Erhalt der Änderungskündigung noch nachgebracht werden (§ 2 Satz 2 KSchG). Die Annahme unter Vorbehalt verhindert das Wirksamwerden der Kündigung für immer. Die vom Arbeitgeber verlangte Vertragsänderung selbst kann vom Arbeitnehmer mittels Feststellungsklage als sozialwidrig angefochten werden (§ 4 Satz 2 KSchG). Unterlässt er diese Klage oder unterliegt er mit ihr im Prozess, so gilt das Arbeitsverhältnis als unter den neuen Bedingungen fortgesetzt. Obsiegt er damit, so besteht das Arbeitsverhältnis mit seinem ursprünglichen Vertragsinhalt weiter (§ 8 KSchG). Ausgeschlossen ist die richterliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses und die Zusprechung einer Abfindung (1), wie dies bei der Anfechtung einer Kündigung möglich ist (2).

(1) ZOELLNER 186.

(2) Vgl. vorne § 8 D 2 c.

H. Allgemeiner Kündigungsschutz und ausserordentliche Kündigung

Das Recht des Arbeitgebers, ausserordentlich zu kündigen, wird durch die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes nicht eingeschränkt (§ 13 Abs. 1 Satz 1 KSchG). Es finden jedoch die Bestimmungen über den allgemeinen Kündigungsschutz auch auf ausserordentliche Kündigungen grundsätzlich Anwendung (1). Eine wichtige Ausnahme davon besteht in Bezug auf die gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses, welche nach einer a.o. Arbeitgeberkündigung nur noch auf Antrag des Arbeitnehmers erfolgen kann (§ 13 Abs. 3 KSchG). Des weitern besteht nach einer a.o. Kündigung nie ein provisorischer Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers (2).

I. Andere Unwirksamkeitsgründe der Kündigung und Verhältnis zur Sozialwidrigkeit nach Kündigungsschutzgesetz

1. Sittenwidrige Kündigung

Ganz allgemein ist eine Kündigung nichtig, wenn sie gegen Sittlichkeit und Anstand verstösst (§ 138 BGB). Eine solche sittenwidrige Kündigung kann vom Arbeitnehmer unabhängig von der Regelung des Kündigungsschutzgesetzes angefochten werden (§ 13 Abs. 2 Satz 1 KSchG). Er kann jedoch auch innert drei Wochen eine formelle Kündigungsschutzklage erheben, wodurch zu seinen Gunsten gewisse Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes anwendbar werden. Insbesondere kann das Arbeitsverhältnis dann gerichtlich aufgelöst und dem Arbeitnehmer eine Kündigungsabfindung zugesprochen werden (§ 13 Abs. 2 Satz 2 KSchG).

(1) SCHAUB 736f.

(2) Vgl. vorne § 8 E.

2. Gegen Treu und Glauben verstossende Kündigung

Im Gegensatz zur sittenwidrigen wird die gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstossende Kündigung als Fall einer sozialwidrigen Kündigung im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes betrachtet (1) und muss deshalb auch innert der Dreiwochenfrist des Kündigungsschutzgesetzes angefochten werden.

3. Allgemein gesetzwidrige Kündigung

Jeder Verstoss gegen ein gesetzliches Kündigungsverbot bewirkt die Nichtigkeit der Kündigung (§ 134 BGB) (2). Entgegen dem Wortlaut des § 13 Abs. 3 KSchG kann eine solche Kündigung gemäss herrschender Lehre als nach allgemeinen Vorschriften nichtig, wie auch als sozialwidrig angefochten werden (3). Letzteres allerdings nur, wenn der Arbeitnehmer dem Kündigungsschutzgesetz unterstellt ist.

4. Verstoss gegen vertragliche Kündigungsbeschränkungen

Umstritten ist, ob der Verstoss gegen eine vertragliche Kündigungsbeschränkung, wie beispielsweise die gänzliche Wegbedingung der ordentlichen Kündigung, nur Schadenersatzfolgen auslöst oder ob auch eine solche Kündigung unwirksam ist (4). Letzteren Standpunkt nimmt u.a. STAHLHACHE ein, welcher die Meinung vertritt, die Verpflichtung zur Unterlassung der Kündigung bedeute eine Verfügung über das Gestaltungsrecht und habe "dingliche" Wirkung (5).

(1) SCHAUB 653f.

(2) Vor allem die Kündigungsverbote des besonderen Kündigungsschutzes, vgl. hinten § 15.

(3) HUECK N 51 zu § 13 KSchG.

(4) SCHAUB 654.

(5) STAHLHACHE 72.

K. Geltungsbereich der allgemeinen Kündigungsschutzvorschriften

Vom allgemeinen Kündigungsschutz der §§ 1 bis 13 KSchG ausgeschlossen sind Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse noch nicht 6 Monate bestehen (§ 1 Abs. 1 KSchG), ferner Arbeitnehmer, welche in einem Betrieb oder in einer Verwaltung arbeiten, wo in der Regel weniger als 6 Arbeitnehmer beschäftigt werden, des weitern die im Haushalt Beschäftigten (1) und schliesslich die Organvertreter juristischer Personen, soweit letztere überhaupt den Status eines Arbeitnehmers haben (§ 14 Abs. 1 KSchG).

Leitende Angestellte geniessen grundsätzlich vollen allgemeinen Kündigungsschutz. Soweit sie aber zur selbständigen Einstellung und Entlassung von anderen Arbeitnehmern berechtigt sind, hat das Gericht im Kündigungsschutzprozess dem Antrag des Arbeitgebers auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses ohne Ueberprüfung der Gründe stattzugeben (§ 14 Abs. 2 KSchG).

§ 9 OESTERREICH

A. Kollektivrechtliches Kündigungsschutzkonzept

Der allgemeine Kündigungsschutz des Arbeitnehmers ist in Oesterreich im Betriebsverfassungsrecht geregelt (2) und beruht auf einem im Mitbestimmungsrecht fussenden kollektivrechtlichen Konzept (3). Am deutlichsten ist dies sichtbar am Institut des sogenannten Sperrechts des Betriebsrats. Dieses besteht in der dem Betriebsrat gewährten Befugnis, eine Kündigung oder frist-

(1) STAHLHACKE 111.

(2) Vor allem in den §§ 105ff ArbVG. Ferner in den hier nicht behandelten, weil praktisch identischen §§ 180ff LAG.

(3) FLORETTA in DRdA 1971, 1ff, ferner KUDERNA in DRdA 1974, 49ff und FLORETTA/STRASSER ArbVG-Entwurf, 104.

lose Entlassung durch seine Zustimmung für den betroffenen Arbeitnehmer unanfechtbar zu machen (1). Der materielle Anspruch auf allgemeinen Kündigungsschutz steht nach herrschender österreichischer Lehrmeinung der durch den Betriebsrat repräsentierten Belegschaft zu (2).

B. Kündigungsverfahren

1. Verständigung des Betriebsrats

a) Ordentliche Kündigung

Der Arbeitgeber hat vor Ausspruch einer ordentlichen Kündigung den Betriebsrat zu verständigen. Dieser kann innerhalb von 5 Tagen zur geplanten Kündigung Stellung nehmen (§ 105 Abs. 1 ArbVG). Innert dieser Frist hat der Arbeitgeber ferner auf Verlangen des Betriebsrats mit diesem die Kündigung zu beraten. Unter dem Vorbehalt, dass der Betriebsrat seine Stellungnahme bereits schriftlich abgegeben hat, ist jede Kündigung, welche vor Ablauf dieser 5-tägigen Vernehmlassungsfrist ausgesprochen wird, rechtsunwirksam (Art. 105 Abs. 2 ArbVG). Dies ist eine der seltenen Ausnahmen, dass eine Kündigung als a priori ungültig betrachtet wird. Ansonsten ist nämlich im österreichischen Kündigungsrecht, mit Ausnahme der mit einem Nichtigkeitsgrund behafteten Kündigung grundsätzlich jede, auch die offensichtlich unsachliche oder sogar willkürliche Kündigung zunächst voll gültig. Erst durch die erfolgreiche Anfechtung wird eine unzulässige Kündigung rechtsunwirksam (3).

(1) Nach STEININGER 84 verstösst das Sperrecht gegen Art. 6 EMRK (Garantie des unabhängigen Richters).

(2) Vgl. dazu FLORETTA/STRASSER N 1.2. zu §§ 105 - 107 ArbVG.

(3) BINDER in DRdA 1980, 158ff.

Der Ausspruch der Kündigung darf vom Arbeitgeber nicht beliebig hinausgeschoben werden, sondern hat mit dem Verständigungsverfahren in zeitlichem und sachlichem Zusammenhang zu stehen (1). Diesbezügliche gesetzliche Fristen existieren hingegen keine.

b) Ausserordentliche Kündigung

Steht eine ausserordentliche Kündigung in Frage, so hat der Arbeitgeber den Betriebsrat erst nach vollzogener Entlassung, jedoch unverzüglich zu verständigen und mit diesem auf sein Verlangen innert 3 Arbeitstagen darüber zu beraten (§ 106 Abs. 1 ArbVG).

2. Wirkung der Stellungnahme des Betriebsrats

a) Zustimmung

Stimmt der Betriebsrat der ordentlichen Kündigung innert 5 Tagen, der ausserordentlichen innert 3 Tagen zu, so wird diese völlig, also auch für den betroffenen Arbeitnehmer unanfechtbar (§§ 105 Abs. 3 und 106 Abs. 2 ArbVG). Dieses sogenannte Sperrecht ist, um Missbräuche auszuschliessen, an eine Zweidrittelsmehrheit im Betriebsrat gebunden (§ 68 Abs. 2 ArbVG) (2). Eine schadenersatzrechtliche Verantwortlichkeit des Betriebsrates gegenüber dem Arbeitnehmer besteht grundsätzlich nicht. Eine Ausnahme ist jedoch gegeben, wenn die Zustimmung zur Kündigung in Schädigungsabsicht erfolgte (3). Ob ein solches Sperrecht wirklich in einem sachlichen Interesse der Belegschaft liegt, ist zumindest zu bezweifeln. Letztlich gewährt es dem Betriebsrat nur die Möglichkeit, die Arbeitgeberkündigung abzusegnen.

(1) FLORETTA/SPIELBUECHLER/STRASSER 183.

(2) KUDERNA in DRdA 1974, 52.

(3) KUDERNA in ZAS 1974, 170.

b) Widerspruch oder Stillschweigen

Formell anfechtbar wird eine ordentliche oder ausserordentliche Kündigung nur, wenn der Betriebsrat ihr ausdrücklich widersprochen oder sich dazu überhaupt nicht geäussert, d.h. Stillschweigen bewahrt hat (§§ 105 Abs. 3 und 106 Abs. 2 ArbVG). Im ersten Fall kommt das primäre Anfechtungsrecht dem Betriebsrat, im zweiten Fall dem Arbeitnehmer zu (1).

3. Mitteilung der Kündigung an den Betriebsrat

Erst nach Durchführung des Verständigungsverfahrens (2) kann eine ordentliche Kündigung vom Arbeitgeber rechtswirksam erklärt werden. Dies gilt hingegen nicht für die ausserordentliche Kündigung. Eine solche ist zunächst formell immer gültig (3), was in Bezug auf die Umgehung der Verfahrensvorschriften nicht unbedenklich ist.

Von einer gegenüber dem Arbeitnehmer ausgesprochenen Kündigung hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat Mitteilung zu machen (§ 105 Abs. 4 Satz 1 ArbVG). Eine gesetzliche Frist zur Erfüllung dieser Pflicht besteht nicht. Bei einer ausserordentlichen Kündigung hat diese Mitteilung immerhin unverzüglich zu erfolgen (§ 106 Abs. 1 ArbVG). Ab dem Zeitpunkt dieser Verständigung läuft die einwöchige Frist für die Anfechtung der Kündigung beim Einigungsamt.

(1) Vgl. hinten zum Kündigungsschutzverfahren § 9 D.

(2) Vgl. oben § 9 B 1 a.

(3) MARHOLD in ZAS 1978, 11.

C. Anfechtung der Kündigung

1. Anfechtungsgründe

Das Gesetz unterscheidet zwischen der Anfechtbarkeit der Kündigung wegen Vorliegens bestimmter rechtswidriger Motive (sog. Motivkündigung gemäss § 105 Abs. 3 Ziff. 1 ArbVG) (1) und der Anfechtbarkeit wegen mangelnder sozialer Rechtfertigung der Kündigung (Sozialwidrigkeit gemäss § 105 Abs. 3 Ziff. 2 ArbVG). Oft wird jedoch in beiden Fällen pauschal von Sozialwidrigkeit gesprochen (2).

2. Zur Motivkündigung

Als Motive, die eine Anfechtbarkeit der Kündigung begründen, nennt das Arbeitsverfassungsgesetz vor allem solche, welche sich auf Gewerkschaftszugehörigkeit und -tätigkeit des Arbeitnehmers beziehen (3). Gemäss herrschender Lehre sind aber auch Kündigungen aus politischen und religiösen Gründen sowie Kündigungen, welche sittenwidrig sind oder gegen ein gesetzliches Verbot verstossen und deshalb gemäss ABGB nichtig sind (4), als Motivkündigungen anfechtbar.

3. Zur sozialwidrigen Kündigung im engeren Sinne

Wegen Sozialwidrigkeit anfechtbar ist eine Kündigung, die wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt, es sei denn, der Arbeitgeber erbringt den Nachweis, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Interesse des Betriebes aus

(1) CERNY 5.

(2) Vgl. dazu z.B. FLORETTA/STRASSER N 11.1 zu §§ 105 - 107 ArbVG.

(3) Vgl. die Aufzählung in § 105 Abs. 3 Ziff. 1 lit. a - h ArbVG.

(4) Dies die h.L. Vgl. dazu FLORETTA/STRASSER N 3.2.1.8 und N 5.1. bis 5.3.1. zu §§ 105 - 107 ArbVG, ferner zur Rechtsprechung über die Motivkündigung DITTRICH/VEIT/TADES Anm. 1ff zu § 105 Ziff. 1 ArbVG.

Gründen in der Person des Arbeitnehmers oder aus betrieblichen Gründen erforderlich ist (§ 105 Abs. 3 Ziff. 2 ArbVG). Ein solcher Kündigungsgrund ist jedoch nur gegeben, wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber länger als bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zumutbar ist (1). Dem Interesse des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz geht das Interesse des Betriebes eindeutig vor. Von einer Abwägung dieser beiden Interessen kann deshalb nur beschränkt die Rede sein. Sobald nämlich die betriebliche Notwendigkeit der Kündigung ausgewiesen ist, wird auch das noch so schützenswerte Arbeitnehmerinteresse irrelevant (2). Zu beachten ist ferner, dass dem Arbeitnehmer nur, wenn er wesentliche Interessen am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses geltend machen kann, Kündigungsschutz gewährt ist. Die österreichische Regelung erschöpft sich deshalb in einem blossen Willkürverbot (3).

Sozialwidrig ist ferner auch eine an sich durch betriebliche Gründe gerechtfertigte Kündigung, wenn diese für den betroffenen Arbeitnehmer im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern zu einer grösseren sozialen Härte führen würde (sog. Sozialvergleich gemäss § 105 Abs. 3 Ziff. 2 letzter Satz ArbVG) (4).

a) Personenbedingte Kündigungsgründe

Nach dem Wortlaut des Gesetzes sind personenbedingte Kündigungsgründe "Umstände, die in der Person des Arbeitnehmers liegen und die betrieblichen Interessen nachteilig berühren" (§ 105 Abs. 3 Ziff. 2 lit. a ArbVG). Solche Umstände können

(1) FLORETTA/SPIELBUECHLER/STRASSER 187.

(2) Vgl. zur Interessenabwägung MOERKELSBERGER 72.

(3) In diesem Sinne KUDERNA in DRdA 1974, 49.

(4) Vgl. hinten § 9 C 3 c.

objektiv und ohne Verschulden in der Person des Arbeitnehmers gegeben oder sogenannt verhaltensbedingt sein, d.h. in einer schuldhaften Vertragsverletzung des Arbeitnehmers bestehen (1). Der Katalog solcher in der Praxis relevanter Kündigungsgründe ist lange und vielfältig (2), und es bleibt dem Ermessen des Richters viel Raum (3). Hervorzuheben ist jedoch, dass auch unverschuldete gänzliche oder teilweise Arbeitsunfähigkeit oder Minderleistung, welche auf Krankheit, Unfall oder fortgeschrittenes Lebensalter des Arbeitnehmers zurückgehen, grundsätzlich eine Kündigung rechtfertigen können (4). Eine ausdrückliche Einschränkung macht das Gesetz allerdings in Bezug auf das hohe Lebensalter des Arbeitnehmers. So sind bei älteren Arbeitnehmern immer, d.h. auch wenn eine betriebsbedingte Kündigung in Frage steht, der Umstand einer vieljährigen, ununterbrochenen Beschäftigungszeit und die zu erwartenden Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess zu berücksichtigen (§ 105 Abs. 3 letzter Satz ArbVG).

b) Betriebsbedingte Kündigungsgründe

Eine Kündigung kann ferner durch betriebliche Erfordernisse legitimiert sein (§ 105 Abs. 3 Ziff. 2 lit. b ArbVG). Solche betriebsbedingte Kündigungsgründe können durch die objektive Wirtschaftslage geschaffen worden sein, wodurch der Betrieb zur Reorganisation, Umstrukturierung oder teilweisen oder gänzlichen Betriebsschliessung gezwungen wird. Ohne Einschränkungen sozial gerechtfertigt sind jedoch auch Kündigungen, welche durch einen Managementfehler verursacht wurden oder auf dem freien Entschluss des Arbeitgebers beruhen, die Produktion ein-

(1) FLORETTA/SPIELBUECHLER/STRASSER 187.

(2) Vgl. die diesbezügliche neueste Rechtsprechung bei TADES/MOLTERER in DRdA 1980, 204.

(3) KUDERNA in DRdA 1975, 13ff.

(4) FLORETTA/STRASSER N 3.2.2.2. zu §§ 105 - 107 ArbVG.

oder umzustellen (1).

c) Sozialvergleich

Hat der Betriebsrat einer im engeren Sinne betriebsbedingten Kündigung (2) während der gesetzlichen Vernehmungsfrist ausdrücklich widersprochen, so ist die Kündigung sozialwidrig, wenn ein Vergleich sozialer Gesichtspunkte für den Gekündigten eine grössere soziale Härte als für andere Arbeitnehmer desselben Betriebes und derselben Tätigkeitssparte ergibt, deren Arbeit der Gekündigte zu leisten fähig und willens ist (§ 105 Abs. 3 Ziff. 2 letzter Satz ArbVG). Ein solcher Sozialvergleich (3) kann vom Einigungsamt nicht vorgenommen werden, wenn nur der Arbeitnehmer, nicht aber auch der Betriebsrat einen diesbezüglichen Antrag stellt (4). Eine Ausnahme besteht nach h.L. dann, wenn in einem betriebsratspflichtigen Betrieb kein Betriebsrat vorhanden ist (5).

Der Sozialvergleich besteht in einer Abwägung der Interessen verschiedener Arbeitnehmer am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit dem Ziel, den sozial am wenigsten schützenswerten Arbeitnehmer zur Kündigung auszusuchen. Diese Interessenabwä-

(1) Vgl. KUDERNA in DRdA 1975, 15: "Dem Betriebsinhaber steht grundsätzlich das freie Entscheidungsrecht über Betriebsänderungen zu, (...). Das Einigungsamt ist nicht berechtigt, die Zweckmässigkeit oder objektive Richtigkeit der vom Betriebsinhaber getroffenen wirtschaftlichen Massnahme zu überprüfen oder dem Betriebsinhaber gar wirtschaftliche Massnahmen vorzuschreiben, weil es sich hierbei um Fragen des wirtschaftlichen Ermessens handelt."

(2) Vgl. vorne § 9 B 2 b.

(3) Vgl. dazu allgemein KUDERNA in DRdA 1975, 16ff.

(4) Vgl. dazu SCHWARZ in DRdA 1979, 397; ferner JABORNEGG in DRdA 1980, 190ff.

(5) JABORNEGG a.a.O. 190ff; ferner bezüglich weiterer solcher Ausnahmen FLORETTA in DRdA 1976, 3f.

gung ist jedoch insofern eingeschränkt, als auch die grössere soziale Härte nicht massgebend ist, wenn die betrieblichen Verhältnisse den Verbleib eines von einer Kündigung weniger hart betroffenen Arbeitnehmers dringend erfordern (1). Zu keinem Sozialvergleich kann es ferner kommen, wenn die Kündigung auf Gründen in der Person des Arbeitnehmers beruht.

4. Sozialwidrigkeit der ausserordentlichen Kündigung

Eine ausserordentliche Kündigung kann aus den gleichen Gründen angefochten werden wie eine ordentliche Kündigung (2). Es besteht somit kein qualitativer Unterschied zwischen der Sozialwidrigkeit einer ordentlichen und einer ausserordentlichen Kündigung. Bei der Beurteilung der ausserordentlichen Kündigung ist immer zu prüfen, ob sie als ordentliche Kündigung sozialwidrig wäre oder nicht. Nicht jede ohne wichtigen Grund ausgesprochene ausserordentliche Kündigung ist deshalb gleichzeitig auch sozialwidrig (3).

D. Anfechtungsverfahren

1. Einigungsamt

Ist eine Kündigung sozialwidrig, so ist sie nicht allein schon deshalb rechtsunwirksam, sondern wird es erst durch einen der Kündigungsschutzklage stattgebenden Entscheid des Einigungsamtes (§ 105 Abs. 6 ArbVG). Demzufolge ist jede ordentliche oder ausserordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber zunächst vollständig und vermag das Arbeitsverhältnis zu beenden. Eine Korrektur

-
- (1) H.L., vgl. FLORETTA in DRdA 1976, 2 und dort zitierte Autoren; ferner FLORETTA/STRASSER N 3.2.2.3. zu §§ 105 - 107 ArbVG.
 - (2) Vgl. die gesetzliche Verweisung von § 106 Abs. 2 ArbVG auf die Anfechtungstatbestände von § 105 Abs. 3 ArbVG.
 - (3) Dies die h.L., vgl. FLORETTA/STRASSER n 9.2. zu §§ 105 - 107 ArbVG.

tur dieser Rechtslage erfolgt erst nachträglich durch das Gestaltungsurteil des Einigungsamtes, welches rückwirkend das Arbeitsverhältnis wieder aufleben lässt (1).

Hat der Betriebsrat einer Kündigung ausdrücklich widersprochen, so kann er diese auf Verlangen des betroffenen Arbeitnehmers innert einer Woche beim Einigungsamt anfechten. Dem Arbeitnehmer steht das Anfechtungsrecht selbst zu, wenn der Betriebsrat der Aufforderung des Arbeitnehmers zur Anfechtung nicht innert einer Woche nachkommt, wenn der Betriebsrat nicht ausdrücklich der Kündigung widersprochen hat und deshalb gar kein eigenes Anfechtungsrecht hat oder wenn in einem betriebsratspflichtigen Betrieb kein Betriebsrat besteht (§ 107 ArbVG). Des weitern kann der gekündigte Arbeitnehmer eine Kündigungsanfechtung, welche ohne seine Zustimmung vom Betriebsrat zurückgezogen worden ist, inner 14 Tagen ab Kenntnis dieses Umstandes selbst fortsetzen (§ 105 Abs. 4 ArbVG) (2).

2. Beweislast

In Bezug auf die Beweislast gelten unterschiedliche Regelungen: Von der Arbeitnehmerseite ist vorab einmal die Beeinträchtigung eines wesentlichen Interesses des Arbeitnehmers zu behaupten und zu beweisen. Vom Arbeitgeber sind gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Regelung die betriebs- und personenbedingten Kündigungsgründe nachzuweisen. Hingegen hat der Betriebsrat (respektive der Arbeitnehmer) die Arbeitnehmer namentlich zu nennen, welche in einen Sozialvergleich einzubeziehen, d.h. vor dem gekündigten Arbeitnehmer zu entlassen wären. Ebenso ist von der Arbeitnehmerseite konkret nachzuweisen, wieso die Kündigung ei-

(1) FLORETTA/STRASSER N 10.1. zu §§ 105 - 107 ArbVG.

(2) Vgl. allgemein zur Kündigungsanfechtung KUDERNA in ZAS 1974, 171ff.

nen der genannten anderen Arbeitnehmer sozial weniger hart treffen würde (1).

Auf eine eigentliche Beweisführung verzichtet das Gesetz bei der Anfechtung der Motivkündigung (2). Hier hat die Arbeitnehmerseite lediglich glaubhaft zu machen, dass ein Anfechtungsgrund im Sinne des § 105 Abs. 3 Ziff. 1 ArbVG vorliegt. Abzuweisen ist die Anfechtungsklage, wenn bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein anderes vom Arbeitgeber glaubhaft gemachtes Motiv für die Kündigung ausschlaggebend war (§ 105 Abs. 5 ArbVG) (3).

E. Wirkungen der erfolgreichen Anfechtung

Gibt das Einigungsamt der Kündigungsschutzklage statt, so wird die Kündigung des Arbeitgebers unwirksam (§ 105 Abs. 6 Satz 1 ArbVG). Damit lebt das frühere Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten rückwirkend wieder auf (4). Das Gesetz geht nun davon aus, dass die Parteien das Arbeitsverhältnis fortsetzen, enthält jedoch keine Vorschriften, welche der direkten oder indirekten Durchsetzung dieses Zieles dienen. Ein Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung hat der Arbeitnehmer nicht. Da spezifische Sanktionen der Nichtwiedereinstellung fehlen, sind lediglich die allgemeinen Regeln betreffend den Annahmeverzug des Arbeitgebers anwendbar (§ 1155 ABGB). Der Arbeitnehmer hat somit unter der Voraussetzung, dass er zur Arbeitsleistung bereit ist, Anspruch auf vollen Lohn, muss sich jedoch auf diesen anrechnen lassen, was er erspart, anderweitig erworben oder zu

(1) FLORETTA/STRASSER N 11.5.4. zu §§ 105 - 107 ArbVG; ferner KUDERNA in DRdA 1975, 19.

(2) Vgl. vorne § 9 C 2.

(3) Vgl. die Kritik bei KUDERNA in ZAS 1974, 212.

(4) FLORETTA/STRASSER N 11.5.7. zu §§ 105 - 107 ArbVG.

erwerben absichtlich versäumt hat (1). Regelmässig ist er somit gezwungen, sofort nach seinem tatsächlichen Ausscheiden aus dem Betrieb ein sogenanntes Zwischenarbeitsverhältnis einzugehen. Gleichzeitig hat er jedoch jederzeit bereit zu sein, die Arbeit beim früheren Arbeitgeber auf dessen Verlangen wieder aufzunehmen (2). Theoretisch kann sich der Annahmeverzug zeitlich unbegrenzt fortsetzen. Beendet wird er jedoch durch die Weigerung des Arbeitnehmers, die Arbeit beim früheren Arbeitgeber wieder aufzunehmen (3), dann aber auch, und dies ist problematisch, durch eine erneute ordentliche oder sogar ausserordentliche Kündigung des Arbeitgebers (4). Im letztgenannten Fall eines solchen sogenannten Kündigungskrieges ist der Arbeitnehmer gezwungen, nach jeder Kündigung wieder erneut eine Anfechtungsklage zu erheben.

F. Aenderungskündigung

Die Aenderungskündigung wird vom Gesetz nicht ausdrücklich ge-

-
- (1) Vgl. allgemein zum Annahmeverzug des Arbeitgebers MAYER-MALY 92.
 - (2) Genau genommen ist der Arbeitgeber erst ab dem Moment, wo die Kündigungsschutzklage erhoben worden ist, berechtigt, den Arbeitnehmer zur Wiederaufnahme der Arbeit aufzufordern. Die Kündigungsanfechtung wirkt nämlich als Offerte des Arbeitnehmers, das durch die Kündigung rechtlich beendigte Arbeitsverhältnis weiterzuführen (vgl. STEININGER 39). Des weitern ist in der Lehre umstritten, ob der Arbeitnehmer das Zwischenarbeitsverhältnis auch in Verletzung einer Kündigungsfrist aufzulösen verpflichtet ist (vgl. FLORETTA/STRASSER N 13.1. zu §§ 105 - 107 ArbVG).
 - (3) Fraglich ist allerdings, aus welchem rechtlichen Grund und auf welchen Zeitpunkt (vgl. STEININGER 144f).
 - (4) Zur primär uneingeschränkten Beendigungswirkung jeder Kündigungserklärung vgl. vorne § 9 D 1.

regelt, ist jedoch als solche grundsätzlich zulässig, wenn auch gemäss den allgemeinen Kündigungsschutzvorschriften (§§ 105ff ArbVG) anfechtbar (1). Das Problem bei der Aenderungskündigung liegt nun aber darin, dass nicht die Kündigung an sich, sondern die vorgeschlagene Vertragsänderung auf ihre Sozialwidrigkeit hin überprüft wird und dass von der sozial gerechtfertigten Vertragsänderung auf eine sozial gerechtfertigte Kündigung geschlossen wird (2). Damit werden aber u.a. auch Umstände von untergeordneter Bedeutung, welche lediglich eine geringfügige Verschlechterung der Vertragsbedingungen zu Ungunsten des Arbeitnehmers rechtfertigen, im Falle, dass dieser zur Vertragsänderung seine Zustimmung verweigert, zu Kündigungsgründen.

G. Geltungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes gemäss

ArbVG

Die allgemeinen Kündigungsschutzvorschriften gelten in Betrieben, welche mit einer ständigen Mindestbelegschaft von 5 stimmberechtigten Arbeitnehmern sogenannt betriebsratspflichtig sind (§ 33 Abs. 1 in Verbindung mit § 40 ArbVG). Eine grosse Zahl von Arbeitnehmern, welche in Kleinbetrieben arbeiten, sind somit kündigungsrechtlich nicht geschützt. Das gleiche gilt ferner für die sogenannt leitenden Angestellten, wenn sie massgebenden Einfluss auf die Führung des Betriebes haben (§ 36 Abs. 2 Ziff. 2 ArbVG). Schliesslich ist im Gegensatz zur Motivkündigung eine im engeren Sinne sozialwidrige Kündigung (3) nur von Arbeitnehmern anfechtbar, welche bereits 6 Monate im gleichen Betrieb tätig sind (§ 105 Abs. 3 Ziff. 2 ArbVG).

(1) Vgl. allgemein zur Aenderungskündigung SCHRAMMEL in ZAS 1975, 203.

(2) Vgl. zur Sozialwidrigkeit der Aenderungskündigung FLORETTA/STRASSER N 3.1.4. zu §§ 105 - 107 ArbVG.

(3) Vgl. zum Unterschied vorne § 9 C 1.

H. Allgemeiner Kündigungsschutz in Spezialgesetzen

Abgesehen vom Landarbeitgesetz, welches für den Bereich der Land- und Forstwirtschaft eine dem Arbeitsverfassungsgesetz analoge Regelung des allgemeinen Kündigungsschutzes des Arbeitnehmers enthält, bestehen in Oesterreich noch einige weitere Gesetze, welche vergleichbare Vorschriften enthalten. Interessant sind diesbezüglich die Regelungen des Vertragsbedienstetengesetzes (VBG) und des Schauspielergesetzes (SchSpG), welche auf eine vom Konzept des Arbeitsverfassungsgesetzes abweichende Art den allgemeinen Kündigungsschutz regeln.

1. Vertragsbedienstetengesetz (VBG)

Als Vertragsbedienstete gelten die in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmer des Staates oder Arbeitnehmer von Fonds, Stiftungen und Anstalten, welche vom Staat verwaltet werden (§ 1 VBG). Nach Ablauf eines Jahres sind die Arbeitsverhältnisse dieser Arbeitnehmer nur schriftlich und unter Angabe des Grundes kündbar (§ 32 Abs. 1 VBG). Die Kündigung muss ferner durch sachliche und im Gesetz näher aufgeführte personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Gründe gerechtfertigt sein. Was den Inhalt dieser Tatbestände betrifft, so lässt sich keine grundsätzliche Verschiedenheit zu den Anfechtungsgründen des Arbeitsverfassungsgesetzes feststellen. Ein wesentlicher Unterschied besteht jedoch hinsichtlich der Wirkungen der Abwesenheit eines solchen sachlichen Grundes. Die sachlich nicht gerechtfertigte Kündigung ist nämlich nicht primär gültig und nachträglich anfechtbar, sondern bleibt von Anfang an rechtsunwirksam. Gewisse Autoren (1) erblicken in

(1) KUDERNA in DRdA 1974, 57.

dieser Regelung, im Vergleich zu derjenigen des Arbeitsverfassungsgesetzes, eine wesentliche Begünstigung des Arbeitnehmers. Da aber auch diese ursprüngliche Rechtsunwirksamkeit der Kündigung zuerst gerichtlich vom Arbeitnehmer geltend gemacht werden muss und zudem spezifische Rechtsfolgen der Rechtsunwirksamkeit fehlen, ist letztlich der Unterschied zur blossen Anfechtbarkeit der Kündigung, wie sie das Arbeitsverfassungsgesetz kennt, nicht sehr gross (1).

2. Schauspielergesetz (SchSpG)

Dem Schauspielergesetz unterstellt sind die Arbeitsverhältnisse von Personen, die sich einem Theaterunternehmer zur Leistung künstlerischer Dienste verpflichtet haben (§ 1 Abs. 1 SchSpG). Da die Existenz der Schauspieler, Dramaturgen etc. unmittelbar gefährdet wird, wenn sie nicht auftreten oder inszenieren können, sind diese Arbeitnehmer in erhöhtem Masse vor unberechtigten Kündigungen und vor unberechtigter Nichtzuweisung von Arbeit geschützt. So statuiert § 21 Abs. 1 SchSpG einen tatsächlichen Beschäftigungsanspruch des sogenannten Ensemblemitgliedes. Dieser Anspruch ist jedoch nicht real durchsetzbar, sondern berechtigt diese Arbeitnehmer lediglich zur eigenen einseitigen fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses und zur Geltendmachung von Schadenersatz in der Maximalhöhe eines Jahresalärs (2).

Die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber ist des weitem nur in einem Vertragsverhältnis, welches für länger als ein Jahr geschlossen worden ist, zulässig und nur schriftlich

(1) Vgl. dazu und in diesem Sinne auch STEININGER 96ff.

(2) Mindestens ein Jahressalär ist es, wenn das Arbeitsverhältnis noch mehr als 5 Jahre gedauert hätte (§ 21 Abs. 2 SchSpG). Vgl. ferner zu diesem Recht auf Beschäftigung KAPFER N lff zu § 21 SchSpG.

gültig (§ 30 SchSpG). Schliesslich sind die allgemeinen und besonderen Kündigungsschutzvorschriften des Arbeitsverfassungsgesetzes (§§ 105ff ArbVG) auch auf das Bühnenarbeitsverhältnis anwendbar (§ 133 ArbVG), wobei eine Besonderheit darstellt, dass auch die Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses wie eine Kündigung anfechtbar ist (§ 133 Abs. 4 ArbVG).

§ 10 ITALIEN

A. Die zulässigen Gründe für eine ordentliche Kündigung

Gemäss Art. 1 KSchG hat der ordentlichen Kündigung der dem Kündigungsschutzgesetz unterstellten Arbeitnehmer ein sog. rechtfertigendes Motiv (giustificato motivo) zugrunde zu liegen. Nach dem Gesetz liegt ein solches in zwei Fällen vor: Erstens bei Bestehen zwingender betriebsbedingter Umstände und zweitens bei Vorliegen einer sog. erheblichen Verletzung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitnehmer (notevole inadempimento) (Art. 3 KSchG).

1. Erhebliche Vertragsverletzung

Der ordentliche Kündigungsgrund der erheblichen Vertragsverletzung wird in der Literatur als rechtfertigendes Kündigungsmotiv subjektiven Charakters bezeichnet. Die Bedeutung dieser Generalklausel ist in der Lehre umstritten. Schwierigkeiten bereitet insbesondere deren genaue Abgrenzung von der giusta causa, dem ausserordentlichen Kündigungsgrund (Art. 2119 CC). Während gewisse Autoren unter notevole inadempimento nur die Fälle der nicht schuldhaften Vertragsverletzung subsumieren und jede schuldhafte Vertragsverletzung als ausserordentlichen Kündi-

gungsgrund betrachten (1), macht die herrschende Lehre die entsprechende Abgrenzung nach der Schwere einer Vertragsverletzung (2).

Die Praxis hat zum Kündigungsgrund der erheblichen Nichterfüllung folgende Grundsätze entwickelt (3):

Willkürliche Abwesenheit des Arbeitnehmers vom Arbeitsplatz rechtfertigt in der Regel dessen ordentliche Entlassung. Krankheit des Arbeitnehmers wird hingegen nicht als erhebliche Vertragsverletzung gewertet.

Umstritten ist als ordentlicher Kündigungsgrund die unverschuldete Untersuchungshaft des Arbeitnehmers. Mangelnde Sorgfalt bei der Arbeitsverrichtung kann eine Kündigung rechtfertigen, hingegen nicht die allgemein geringen Berufskenntnisse oder unverschuldet geringe Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. Verstösse gegen die Treuepflicht wie Beschimpfung und Verleumdung des Arbeitgebers berechtigen diesen ausnahmslos zur ordentlichen, eventuell sogar zur ausserordentlichen Entlassung des Arbeitnehmers (4).

2. Betriebsbedingte Kündigungsgründe

Gemäss Art. 3 KSchG ist die ordentliche Entlassung des Arbeitnehmers ferner zulässig bei Vorliegen zureichender Gründe im Zusammenhang mit der Produktion, der Organisation und dem regulären Funktionieren des Betriebs. Die Lehre spricht hier vom rechtfertigenden Kündigungsmotiv objektiven Charakters. Die Bedeutung dieses Kündigungstatbestandes ist umstritten. Im Vorder-

(1) ZANGARI in Riv. dir. lav. 1967 I 119f.

(2) MAZOCCA 130f.

(3) ROSCO/AMATO 64ff.

(4) Vgl. allgemein zum ordentlichen Kündigungsgrund der erheblichen Nichterfüllung MAZZONI Giusta causa 141ff.

grund steht vor allem die Frage, ob der Richter einen Unternehmerratsentscheid, durch welchen ein betriebsbedingter Kündigungsgrund geschaffen wird, nach technischen und betriebswirtschaftlichen Kriterien überprüfen darf. Gemäss überwiegender Lehrmeinung und vor allem nach höchstrichterlicher Rechtsprechung steht dem Richter ein solches Prüfungsrecht nicht zu. Vielmehr hat der Unternehmer alleinige Entscheidungs- und Verfügungsgewalt über seinen Betrieb und bei dessen Führung keine höher zu wertende Allgemeininteressen zu berücksichtigen. Die sog. Funktionalisierung der wirtschaftlichen Privatinitiative (1) wird damit abgelehnt.

Im einzelnen vermögen folgende Umstände eine betriebsbedingte Kündigung zu rechtfertigen (2): Rückgang des Geschäftsvolumens und damit verbundener Abbau von Arbeitsplätzen, Betriebsverlegung, Betriebsschliessung und Aenderung der Produktion oder der wirtschaftlichen Betätigung, Veräusserung des Unternehmens etc. Wie bereits oben ausgeführt (3), erfüllt Krankheit des Arbeitnehmers nach herrschender Anschauung den Tatbestand des rechtfertigenden Motivs subjektiven Charakters nicht, kann aber zur Entlassung aus betrieblichen Gründen berechtigen. Dies wird allerdings erst als zulässig erachtet, wenn die zumeist von den Kollektivverträgen im Krankheitsfall vorab für die Lohnfortzahlung festgesetzten Sperrfristen (periodi di comporto) abgelaufen sind. Die unverschuldet geringe Arbeitsleistung (scarso rendimento) des Arbeitnehmers wird teilweise ebenfalls als betriebsbedingter Kündigungsgrund betrachtet. Die gegenteilige Ansicht wird mit dem Hinweis auf das vom Arbeitgeber zu tragende Betriebsrisiko, welches auch die richtige Auswahl der Arbeitskräfte umfasst, begründet. Gleiches gilt in Bezug auf die ungenügenden Berufskenntnisse des Arbeitnehmers.

(1) SMURAGLIA 72.

(2) SINISCALCHI 79ff.

(3) Vgl. § 10 A 1.

3. Anfechtbarkeit

Das Fehlen eines rechtfertigenden Motivs im Sinne der Art. 1 und 3 KSchG macht die Kündigung nicht von selbst unwirksam, sondern begründet lediglich deren Anfechtbarkeit (1).

B. Repressive und diskriminierende Kündigung

1. Nichtigkeit solcher Kündigungen

Gemäss Art. 4 KSchG ist jede Kündigung, welche vom Arbeitgeber wegen der politischen und religiösen Ueberzeugung des Arbeitnehmers oder wegen dessen gewerkschaftlicher Betätigung ausgesprochen wird, nichtig (2). Art. 15 ANStatut verbietet des weitern ausdrücklich die Entlassung wegen Streiks. Durch Lehre und Rechtsprechung wurde dieser Verbotskatalog um die Fälle der Kündigung aus Gründen der Sprache, Rasse oder des Geschlechts des Arbeitnehmers erweitert (3). Es handelt sich bei den genannten Tatbeständen um die Konkretisierung des auch im italienischen Recht geltenden allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots (4), welches jedoch vor Inkrafttreten des Kündigungsschutzgesetzes von 1966 im Kündigungsrecht keine Bedeutung erlangt hatte (5). Die im Sinne von Art. 4 KSchG widerrechtliche Kündigung kann von jedem Arbeitnehmer, nicht nur von denjenigen, auf welche das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet, angefochten werden (6).

2. Wirkung der Nichtigkeit

Nichtigkeit einer Kündigung bedeutet deren rechtliche Inexistenz

(1) PERSIANI 695. Zum Anfechtungsverfahren vgl. hinten D.

(2) Sog. licenziamenti discriminatori o di rappresaglia.

(3) PERSIANI 674.

(4) Abuso del diritto, vgl. dazu RESCIGNO 240ff.

(5) CORRADO 271ff.

(6) MAZZONI 722; ferner RIVA SANSEVERINO 372.

(1). Folgerichtig müsste das Arbeitsverhältnis als weiterbestehend betrachtet werden (2). Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Arbeitnehmer Anspruch auf tatsächliche Weiterbeschäftigung im Sinne von Art. 18 ANStatut hat (3). In allen anderen Fällen wird das Arbeitsverhältnis von Lehre und Rechtsprechung als durch die nichtige Kündigung beendet betrachtet.

3. Geltendmachung der Nichtigkeit

Soweit der Arbeitgeber überhaupt verpflichtet ist, die Kündigung zu begründen, wird er meist nicht deren rechtsmissbräuchlichen Charakter zu erkennen geben, sondern andere, im Prinzip zulässige Kündigungsgründe vorbringen. Ausnahmslos wird es deshalb dem Arbeitnehmer obliegen, die eigentlichen Beweggründe des Arbeitgebers darzulegen und zu beweisen, ein Unterfangen, welches aus tatsächlichen Gründen in der Regel scheitern muss (2).

C. Kündigungsverfahren

Bei der Entlassung der dem Kündigungsschutzgesetz von 1966 unterstellten Arbeitnehmer ist vom Arbeitgeber ein besonderes Kündigungsverfahren einzuhalten. Gemäss Art. 2 Abs. 1 KSchG ist dem Arbeitnehmer die Kündigung schriftlich mitzuteilen. Dieses Kündigungsschreiben braucht nicht, kann jedoch bereits die Kündigungsgründe enthalten. Letztere sind dem Arbeitnehmer, welcher innert 8 Tagen das entsprechende Begehren zu stellen hat, innert weitem 5 Tagen vom Arbeitgeber schriftlich bekanntzugeben (Art. 2 Abs. 2 KSchG). Das Nachschieben von Kündigungsgründen ist gemäss herrschender Lehre nicht zulässig. Der Arbeitgeber hat vielmehr in der schriftlichen Begründung sofort sämtliche für die Kündigung relevanten Tatsachen anzugeben (3). Die Nichteinhaltung der Formvorschriften durch den Arbeitgeber hat die Unwirksamkeit (inefficacia) der Kündigung zur Folge (Art. 2 Abs. 3 KSchG), was gemäss der Lehre deren

(1) RIVA SANSEVERINO 373.

(2) MAZZONI 722; ferner RIVA SANSEVERINO 372.

(3) Vgl. hinten § 10 F 2.

(4) Vgl. MAZZONI 724, welcher von einer probatio diabolica spricht.

(5) NAPOLETANO 52.

Nichtigkeit bedeutet (1).

Bei der ausserordentlichen Kündigung sind die Formvorschriften des Art. 2 KSchG ebenfalls zu beachten. Dies gilt nicht für Massenentlassungen, da diese generell aus dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes ausgenommen sind (Art. 11 Abs. 2 KSchG).

D. Kündigungsanfechtungsverfahren

Gemäss Art. 6 Abs. 1 KSchG ist eine Kündigung innert einer Verwirkungsfrist von 60 Tagen ab Erhalt der schriftlichen Kündigungsbegründung vom Arbeitnehmer gerichtlich oder aussergerichtlich anzufechten. Das Verfahren vor dem ordentlichen Richter wird durch die Art. 409ff des Gesetzes vom 11. August 1973 betreffend den Arbeitsrechtsprozess (2) geordnet (3). Dem Arbeitnehmer steht ferner ein aussergerichtliches Schlichtungsverfahren offen, welches vor einer durch die Tarifpartner eingesetzten Schlichtungsstelle oder bei Fehlen einer solchen vor dem Arbeitsamt durchgeführt wird (4). Während der Dauer eines solchen Verfahrens ruht die gerichtliche Anfechtungsfrist (Art. 7 Abs. 4 KSchG).

Die Anfechtung der formnichtigen (5) oder der wegen ihres rechtsmissbräuchlichen Motivs nichtigen (6) Kündigung ist gemäss Lehre nicht an die 60-tägige Verwirkungsfrist des Art. 6 Abs. 1 KSchG gebunden (7).

(1) PERSIANI 672.

(2) Legge 11 agosto 1973, n. 533 - disciplina delle controversie individuali di lavoro e delle controversie in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie.

(3) MAZZOCA 157ff.

(4) Ufficio provinciale del lavoro (Art. 7 Abs. 1 KSchG).

(5) Vgl. vorne § 10 C.

(6) Vgl. vorne § 10 B 1.

(7) PERSIANI 677.

E. Beweislast

Gemäss Art. 5 KSchG trägt der Arbeitgeber die Beweislast für das Bestehen eines ordentlichen wie auch eines ausserordentlichen Kündigungsgrundes. Steht eine betriebsbedingte Kündigung in Frage, so obliegt ihm nach der Praxis der Gerichte ferner auch der Beweis, dass der gekündigte Arbeitnehmer nicht anderweitig im Betrieb beschäftigt werden kann (1).

F. Rechtsfolgen der widerrechtlichen Kündigung

Die sachlichen und formellen Voraussetzungen des allgemeinen Kündigungsschutzes werden durch das Kündigungsschutzgesetz von 1966 in einheitlicher Weise geregelt. In Bezug auf die Rechtsfolgen der gemäss Kündigungsschutzgesetz widerrechtlichen Kündigung ist dies nicht mehr der Fall. Vielmehr gilt neben der diesbezüglichen Regelung des Kündigungsschutzgesetzes selbst noch diejenige des Arbeitnehmerstatuts von 1970:

1. Regelung des Kündigungsschutzgesetzes

Gemäss Art. 8 Abs. 1 KSchG hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer innert 3 Tagen ab einem die Widerrechtlichkeit der Kündigung feststellenden Urteil fakultativ wieder einzustellen (2) oder diesem eine Abfindung (indennità) auszurichten, welche vom Richter unter Berücksichtigung der Grösse des Betriebes, des Dienstalters des Arbeitnehmers und des Verhaltens der Parteien festgesetzt wird und welche sich betragsmässig zwischen 2½ und 12 Monatslöhnen bewegt. Diese Abfindung stellt nach italienischer

(1) SINISCALCHI 78.

(2) Das KSchG verwendet den Ausdruck riassunzione im Gegensatz zum ANStatut, welches von reintegrazione spricht.

Anschauung eine Art Vertragsstrafe dar und ist nicht Schadenersatz (1). Der Arbeitnehmer hat sich auf diese einen anderweitig erzielten Verdienst nicht anrechnen zu lassen.

Was die Rechtsfolgen der im Sinne von Art. 4 KSchG diskriminierenden oder repressiven und daher nichtigen Kündigung betrifft, ist in der Lehre umstritten, ob eine solche, gleich wie die bloss anfechtbare Kündigung, lediglich die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung einer Abfindung oder zur fakultativen Wiedereinstellung begründet oder ob zusätzlich oder sogar ausschliesslich Schadenersatzansprüche des Arbeitnehmers entstehen. Diese Frage stellt sich deshalb, weil das Kündigungsschutzgesetz von 1966 keine weitere Rechtsfolge als die Nichtigkeit solcher Kündigungen bestimmt.

Gemäss dem Konzept des Kündigungsschutzgesetzes wird das Arbeitsverhältnis sowohl durch die nichtige als auch durch die anfechtbare Kündigung auf Ende der ordentlichen Kündigungsfrist in jedem Fall rechtlich beendet. Auch die widerrechtliche Kündigung ist somit voll wirksam. Zu diesem Schluss gelangt die Lehre unter Hinweis auf die Tatsache, dass dem Arbeitnehmer keine Mittel gewährt sind, den Arbeitgeber zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu zwingen. Das Kündigungsschutzgesetz gewährt deshalb dem Arbeitnehmer bloss den sog. "obligationenrechtlichen Bestandesschutz" (3).

2. Regelung des Arbeitnehmerstatuts

Sind beim Arbeitnehmer die Voraussetzungen in Bezug auf den

(1) RIVA SANSEVERINO 457.

(2) ZANGARI in Riv. dir. lav. 1967 I 67ff.

(3) Stabilità obbligatoria, vgl. dazu RIVA SANSEVERINO 458.

persönlichen Geltungsbereich des Arbeitnehmerstatuts erfüllt (1), so kommen die günstigeren Rechtsfolgen des Art. 18 ANStatut zur Anwendung. Was in materieller Hinsicht widerrechtliche Kündigungen sind, bestimmt jedoch weiterhin das Kündigungsschutzgesetz (2). Gemäss Art. 18 Abs. 1 ANStatut gelten des weitern ausdrücklich die gleichen Rechtsfolgen für die inhaltlich nichtige, die formnichtige und die anfechtbare Kündigung.

a) Wiedereingliederung (reintegrazione)

Der Richter, welcher die Kündigung gemäss den Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes für unzulässig erachtet, auferlegt dem Arbeitgeber die Wiedereingliederung des Arbeitnehmers (Art. 18 Abs. 1 ANStatut). Die Möglichkeit, den Arbeitgeber zur Zahlung einer alternativen Kündigungsabfindung zu verurteilen, wie sie das Kündigungsschutzgesetz in Art. 8 noch vorsieht, besteht nicht mehr.

b) Lohnfortzahlung

Ab Erlass des erstinstanzlichen Urteils besteht bis zum Vollzug der Wiedereingliederung des Arbeitnehmers eine unbefristete Lohnfortzahlungspflicht, welche erst erlischt, wenn der Arbeitnehmer trotz entsprechender Aufforderung seine Arbeit nicht binnen 30 Tagen wiederaufnimmt (Art. 18 Abs. 2 ANStatut).

c) Schadenersatz

Der Arbeitnehmer hat des weitern für die Zeit zwischen seiner tatsächlichen Entlassung und dem erstinstanzlichen Urteil An-

(1) Vgl. § 10 G.

(2) Vgl. vorne § 10 A und § 10 B.

spruch auf Ersatz des effektiven Schadens. Dieser Schadenersatz (1) hat jedoch in jedem Fall die Höhe von 5 Monatssalären zu erreichen (Art. 18 Abs. 2 ANStatut). Als Schaden fällt vor allem der in der genannten Zeitspanne eingetretene Lohnausfall in Betracht.

d) Vollstreckbarkeit des Urteils 1. Instanz

Gemäss Art. 18 Abs. 3 ANStatut ist das erstinstanzliche Urteil provisorisch vollstreckbar. Dies erlaubt dem Arbeitnehmer, seine Schadenersatzforderung sofort und seine zukünftigen Lohnforderungen fortlaufend einzutreiben, ohne das Ende eines unter Umständen mehrjährigen Prozesses abwarten zu müssen. Eine Ausnahme von dieser Regelung besteht dann, wenn aus der provisorischen Vollstreckung dem Arbeitgeber grosser Schaden entstehen könnte (Art. 431 C.p.c.) (2).

e) Wirkungen auf den Arbeitsvertrag

Gemäss herrschender Lehre (3) ergibt sich aus der Regelung des Art. 18 ANStatut ein sog. "dinglicher Bestandesschutz" (4) des Arbeitsverhältnisses. Dies im Gegensatz zum bloss "obligatorischen Bestandesschutz" des Kündigungsschutzgesetzes (5). Die widerrechtliche Arbeitgeberkündigung ist gemäss dieser Anschauung rechtlich nicht mehr wirksam und vermag deshalb das Arbeitsverhältnis auch nicht aufzulösen. Dem entspricht, dass durch die Wiedereingliederung des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 18 Abs. 1 ANStatut kein neues Arbeitsverhältnis begründet wird (6), wie dies bei der Wiedereinstellung gemäss Art. 8

(1) Vgl. dazu RIVA SANSEVERINO 458.

(2) BALLESTRERO 136.

(3) MANCINI 255.

(4) Stabilità reale.

(5) Vgl. vorne § 10 F 1.

(6) PERSIANI 698.

KSchG teilweise immer noch angenommen wird (1).

f) Kritik

Das Rechtsfolgensystem des Arbeitnehmerstatuts, so klar und wirksam es auf den ersten Blick erscheint, birgt indessen Probleme. Nach Ansicht gewisser Autoren hat sich nämlich der Arbeitnehmer auf seinen Schadenersatzanspruch für die Zeit zwischen seiner tatsächlichen Entlassung und dem seine Weiterbeschäftigung anordnenden Urteil erster Instanz anrechnen zu lassen, was er an eigenem Aufwand eingespart oder was er verdient hat oder hätte verdienen können (2). Dies wird aus der Tatsache gefolgert, dass das Gesetz dem Arbeitnehmer für die genannte Zeitspanne ausdrücklich Schadenersatz und nicht Lohn zuerkennt. Die genannten Abzüge sind allerdings erst ab dem Zeitpunkt zulässig, in welchem der Schadenersatzanspruch des Arbeitnehmers den gesetzlichen Mindestbetrag von 5 Monatslöhnen übersteigt. In der Praxis wird dieser Zeitpunkt, weil als Schaden vor allem der Lohnausfall in Betracht fällt, meist ungefähr im fünften Monat nach der Entlassung eintreten. Von da ab wird der Arbeitnehmer, will er nicht finanzielle Einbussen in Kauf nehmen, gezwungen sein, eine neue Stelle anzutreten. In der Folge wird sein Interesse, beim früheren Arbeitgeber weiterzuarbeiten, faktisch sehr bald wegfallen. In der Regel wirkt sich deshalb auch im italienischen Kündigungsschutzrecht eine lange Dauer des erstinstanzlichen Prozesses zu Gunsten des Arbeitgebers aus.

Hingegen ist von der Lehre anerkannt, dass nach einem die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers anordnenden erstinstanz-

(1) MAZZOCCA 136.

(2) Vgl. ZANGARI 180ff und dort zitierte Autoren.

lichen Urteil der Arbeitgeber ohne Einschränkungen den vollen Lohn weiter zu entrichten hat (1). Darüber hinaus bestehen jedoch in der Regel keine weiteren Zwangsmittel, um den Vollzug der richterlich angeordneten Weiterbeschäftigung zu bewirken (2).

G. Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes und des Arbeitnehmerstatuts

1. Abgrenzungskriterien

Der Kreis der allgemeinen Kündigungsschutz geniessenden Arbeitnehmer wird einerseits nach Kriterien abgegrenzt, welche in der Person des Arbeitnehmers liegen, und andererseits nach Art und Grösse des Betriebes, in welchem der Arbeitnehmer tätig ist.

2. Vom allgemeinen Kündigungsschutz ausgeschlossene Arbeitnehmer

Keine Anwendung finden die allgemeinen Kündigungsschutzvorschriften auf leitende Angestellte (dirigenti). Dem Kündigungsschutzgesetz unterstellt sind ausdrücklich nur Arbeiter und gewöhnliche Angestellte im Sinne von Art. 2095 CC (Art. 10 KSchG). Vom allgemeinen Kündigungsschutz ausgenommen sind ferner Arbeitnehmer im Probearbeitsverhältnis während 6 Monaten (Art. 10 KSchG) und pensionsberechtigte Arbeitnehmer (Art. 11 Abs. 1 KSchG) (3).

Alle diese Ausnahmen gelten nicht, wenn eine im Sinne von

(1) ZANGARI 196.

(2) Ueber die Zulässigkeit einer vorsorglichen Verfügung (providimento d'urgenza, Art. 700 C.p.c.) vgl. BALLESTRERO 161.

(3) Vgl. allg. IANNIRUBERTO 18.

Art. 4 KSchG repressive oder diskriminierende Kündigung in Frage steht (Art. 11 Abs. 1 KSchG) (1).

3. Betriebliche Kriterien

Die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes gelten für Arbeitnehmer, deren Arbeitgeber mehr als 35 Personen beschäftigten (Art. 11 Abs. 1 KSchG). Demgegenüber finden die Vorschriften des Arbeitnehmerstatuts nur auf Industrie- und Handelsunternehmen Anwendung, welche in einer sogenannten Produktionseinheit (unità produttiva) mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigen. Das gleiche gilt in der Landwirtschaft für Produktionseinheiten mit mehr als 5 Arbeitnehmern (Art. 35 Abs. 1 ANStatut). Als Produktionseinheit gilt jede Niederlassung, Zweigstelle und Produktionsabteilung, jedes Büro und jeder Betrieb, welche eine gewisse autonome Struktur und organisatorische Einheit haben (Art. 35 Abs. 1 ANStatut) (2). Eine Produktionseinheit wird ferner immer angenommen, wenn ein Industrie- oder Handelsunternehmer auf dem Gebiet einer Gemeinde mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt. Dasselbe gilt in Bezug auf landwirtschaftliche Unternehmen mit mehr als 5 Arbeitnehmern pro Gemeinde (Art. 35 Abs. 2 ANStatut).

Das gegenseitige Verhältnis des Kündigungsschutzgesetzes und des Arbeitnehmerstatuts ist in Bezug auf den personellen Geltungsbereich umstritten (3). Insbesondere rügt die Lehre diesbezüglich die fehlende Koordination und die unnötige Kompliziertheit dieser Vorschriften (4). Ursächlich für diese Schwierigkeiten ist die Gesetzesverweisung des Art. 18 Abs. 1 ANStatut, durch welche in unpräziser Weise die Regelung des

(1) Vgl. vorne § 10 B.

(2) PROSPERETTI 29.

(3) MANCINI 253.

(4) MAZZONI 747ff.

Kündigungsschutzgesetzes mit derjenigen des Arbeitnehmerstatuts verknüpft wird. Zur gegenseitigen Abgrenzung haben Lehre und Rechtsprechung folgende Grundsätze entwickelt (1): Die Frage, ob der Arbeitnehmer allgemeinen Kündigungsschutz genießt, beurteilt sich immer nach dem Kündigungsschutzgesetz, d.h. danach, ob der jeweilige Arbeitgeber mehr als 35 Personen beschäftigt. Demgegenüber richtet sich die Anwendbarkeit der speziellen Rechtsfolgen gemäss Art. 18 Abs. 1 ANStatut, d.h. insbesondere die Wiedereingliederung des Arbeitnehmers, immer nach der Regelung des Arbeitnehmerstatuts, somit danach, ob der Arbeitnehmer einer Produktionseinheit angehört.

§ 11 FRANKREICH

A. Kündigungsverfahren

1. Unterredung (Art. L. 122-14 CT)

Der Arbeitgeber, welcher die Entlassung eines Arbeitnehmers beabsichtigt, hat diesen vorgängig zu einer Unterredung vorzuladen. Die Vorladung hat mittels eingeschriebenem Brief zu erfolgen, welcher bereits die Entlassung des Arbeitnehmers als Gegenstand der Unterredung zu nennen hat. Der Arbeitnehmer darf zu dieser Unterredung einen anderen Arbeitnehmer des Betriebs beiziehen.

In der Unterredung hat der Arbeitgeber die Kündigungsmotive darzulegen und allfällige Entgegnungen des Arbeitnehmers anzuhören. Der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, der Vorladung des Arbeitgebers zur Kündigungsunterredung Folge zu leisten. Dieses Verhalten stellt somit keine Einwilligung in seine Ent-

(1) PROSPERETTI 30ff.

lassung dar. Das Kündigungsverfahren kann hingegen seinen weiteren Verlauf nehmen (1).

2. Kündigungsschreiben

Die Kündigung hat mittels eingeschriebenem Brief zu erfolgen und die Kündigungsfrist läuft ab Datum der Bestätigung des Empfangs des Kündigungsschreibens durch den Arbeitnehmer (Art. L. 122-14-1 Abs. 1 CT). Die Absendung dieses Briefes ist frühestens einen Tag nach der Unterredung mit dem Arbeitnehmer zulässig (Abs. 2). Das Kündigungsschreiben braucht die Kündigungsmotive nicht zu nennen (2).

3. Mitteilung der Kündigungsgründe

Der Arbeitnehmer kann vom Arbeitgeber mittels eingeschriebenem Brief und innert 10 Tagen ab Datum, an welchem er effektiv seine Stelle verlassen hat, d.h. somit in der Regel in den 10 Tagen nach Ablauf der Kündigungsfrist, die Mitteilung der Kündigungsgründe verlangen (Art. L. 122-14-2 und Art. R. 122-3 Abs. 1 CT). Der Arbeitgeber hat nun seinerseits innert 10 Tagen ab Empfang dieses Begehrens dem Arbeitnehmer mittels eingeschriebenem Brief die Kündigungsgründe (sog. causes réelles et sérieuses gemäss Art. L. 122-14-2 CT) bekanntzugeben (Art. R. 122-3 Abs. 2 CT). Unterlässt es der Arbeitnehmer, die Bekanntgabe der Kündigungsgründe form- und fristgerecht vom Arbeitgeber zu verlangen, so hindert ihn dies nicht, die Kündigung später trotzdem wegen fehlender sachlicher Rechtfertigung anzufechten (3).

4. Geltungsbereich

Zu beachten ist das dargestellte Kündigungsverfahren gemäss

(1) VOULET D 6.

(2) PELISSIER 74f.

(3) Vgl. in diesem Sinne RONGERE 50.

Art. L. 122-14ff CT bei jeder Einzelentlassung. Nicht einzuhalten ist es bei Kollektiventlassungen aus wirtschaftlichen Gründen (Art. L. 122-14-5 CT), ferner bei der Kündigung von Arbeitnehmern mit einem Dienstalter von unter einem Jahr und schliesslich bei Kündigungen, welche von Arbeitgebern ausgesprochen werden, welche normalerweise weniger als 11 Arbeitnehmer beschäftigen (Art. L. 122-14-6 Abs. 1 und 2 CT). Das dargestellte Kündigungsverfahren ist, sofern es bei einer ordentlichen Kündigung zur Anwendung gelangen müsste, auch bei einer ausserordentlichen Kündigung zu beachten (1).

B. Behördliche Bewilligung der Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen

Jede Entlassung eines Arbeitnehmers aus wirtschaftlichen Gründen bedarf der vorgängigen Zustimmung der zuständigen Behörde (Arbeitsinspektorat gemäss Art. L. 321-7 Abs. 1 CT). Der Arbeitgeber kann die Kündigung erst dann rechtsgültig aussprechen, wenn die genannte Zustimmung bei ihm eingetroffen ist. Diese Bewilligung gilt allerdings als erteilt, wenn ein entsprechendes Gesuch von der Behörde nicht innert 7 Tagen beantwortet worden ist (Art. L. 321-9 CT). Die behördliche Prüfung erfolgt in der Praxis eher summarisch (2) und beschränkt sich auf die Verifizierung der vom Arbeitgeber angeführten Kündigungsgründe (Art. L. 321-9 Abs. 2 CT). Die ohne Bewilligung vorgenommene Kündigung macht den Arbeitgeber schadenersatzpflichtig (Art. L. 321-12 CT). Des weitern kann der Arbeitgeber zu einer Busse in der Höhe von ffr. 1'000.-- bis 8'000.-- verurteilt werden (Art. L. 321-11 CT).

(1) CAMERLYNCK/LYON-CAEN 156.

(2) RIVERO/SAVATIER 563.

C. Sachlicher Kündigungsgrund der cause réelle et sérieuse

Die Entlassung jedes Arbeitnehmers bedarf in Frankreich der sachlichen Rechtfertigung. Dies gilt auf Grund der Regelung des Art. L. 122-14-2 CT, welche dem Arbeitgeber auferlegt, dem Arbeitnehmer die sogenannten wirklichen und gewichtigen Kündigungsgründe (causes réelles et sérieuses) bekanntzugeben. Dies gilt ferner auf Grund der Bestimmung des Art. L. 122-14-3 CT, welche dem Richter auferlegt, eine Kündigung auf das Vorliegen dieser sachlichen Kündigungsgründe zu überprüfen.

Bei der cause réelle et sérieuse handelt es sich um eine Generalklausel, welche vom Gesetz nicht näher ausgeführt wird, jedoch durch die Rechtsprechung weitgehend konkrete Konturen erhalten hat:

1. cause sérieuse

Gemäss einer gängigen Definition ist eine cause sérieuse ein Umstand von gewisser Schwere, welcher die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers ohne Schädigung des Unternehmens unmöglich macht und deshalb die Entlassung des Arbeitnehmers erfordert (1). Solche Umstände können, müssen jedoch nicht vom Arbeitnehmer verschuldet sein (2).

2. cause réelle

Ein zulässiger Kündigungsgrund ist ferner nur gegeben, wenn dieser tatsächlich vorliegt. Im einzelnen bedeutet dies, dass die vom Arbeitgeber angeführten Tatsachen auch wirklich den Grund der Kündigung darstellen und objektiv nachgewiesen sein müssen (3).

(1) Vgl. z.B. CAMERLYNCK/LYON-CAEN 178f.

(2) VOULET E4.

(3) RONGERE 62.

3. In der Praxis relevante Kündigungsgründe

a) Schuldhaftes Vertragsverletzen durch den Arbeitnehmer

Die Lehre unterscheidet speziell in diesem Zusammenhang vier Grade schuldhaften Verhaltens, nämlich die *faute légère*, *faute sérieuse*, *faute grave* und *faute lourde* (1). Mit Ausnahme der *faute légère* (leichter Verstoss) begründet jede dieser Vertragsverletzungen des Arbeitnehmers einen Kündigungsgrund im Sinne einer *cause réelle et sérieuse*. Die neu unterschiedene *faute sérieuse* stellt dabei den spezifischen ordentlichen Kündigungsgrund dar.

b) Unverschuldete Kündigungsgründe

In Frage kommen als vom Arbeitnehmer nicht verschuldete Kündigungsgründe vor allem dessen berufliche Nichteignung oder sein Ungenügen am Arbeitsplatz (2), dann aber auch ein allgemein gestörtes Verhältnis zwischen den Parteien oder zwischen dem Arbeitnehmer und der übrigen Belegschaft (3). Auch Krankheit kann einen solchen unverschuldeten Kündigungsgrund darstellen (4), allerdings nur, wenn diese von längerer Dauer ist (5).

c) Betriebsbedingte Kündigungsgründe

Ein die Entlassung des Arbeitnehmers rechtfertigender Grund kann ferner auch durch die Reorganisation, Schliessung oder Teilstillegung des Betriebes geschaffen werden. Da jedoch sol-

(1) Normalerweise wird im Deliktsrecht nur zwischen *faute légère*, *faute grave* und *faute lourde* unterschieden. Die *faute grave* (und noch vielmehr die *faute lourde*) entspricht dem wichtigen Grund zur ausserordentlichen Entlassung des Schweizer Rechts.

(2) VOULET E5.

(3) BRUN/GALLAND I 879.

(4) RONGERE 70.

(5) Vgl. hinten § 17 B.

che Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen der vorgängigen behördlichen Bewilligung bedürfen (1), ist in der Lehre umstritten, ob deren nachträgliche richterliche Ueberprüfung überhaupt noch zulässig ist (2). Die Rechtsprechung scheint dies neuerdings zunehmend zu bejahen (3).

D. Anfechtung und Rechtsfolgen der widerrechtlichen Kündigung

1. Beweislast im Prozess

Der Kündigungsschutzprozess wird nach dem Untersuchungsprinzip geführt. Der Richter hat sehr weitgehende Kompetenzen, um die tatsächlichen Umstände der Kündigung abzuklären. Dies als Ausgleich dafür, dass der Gesetzgeber es ausdrücklich ablehnte, einer der beiden Arbeitsvertragsparteien den Beweis für das Vorliegen resp. Nichtvorliegen von zureichenden Kündigungsgründen aufzuerlegen (4). Regelmässig trifft hingegen den Arbeitgeber die Darlegungslast für das Bestehen sachlicher Kündigungsgründe (5). Im übrigen ist der Richter in der Würdigung der Parteivorbringen frei (Art. L. 122-14-3 CT).

2. Sanktionen der nicht formgerechten Kündigung

Hat der Arbeitgeber das gesetzliche Kündigungsverfahren, und zwar irgendeine der vorgeschriebenen Formen nicht eingehalten, so verpflichtet ihn der Richter zur nachträglichen Erfüllung des betreffenden Formerfordernisses sowie zur Zahlung einer

-
- (1) Dies gilt sowohl für die Einzelentlassung (vgl. vorne § 11 B) als auch für die Massenentlassung (vgl. hinten § 21 B 2).
 - (2) Zu dieser Kontroverse BRUN/GALLAND I 880.
 - (3) PELISSIER 152.
 - (4) Vgl. allgemein zur Beweislastverteilung SINAY 22ff und LAROQUE 27ff.
 - (5) PELISSIER 175ff.

Pauschalentschädigung in der Höhe von maximal einem Monatssalär. Zudem hat der Arbeitgeber die vom Arbeitnehmer in der Zeit zwischen seiner Entlassung und dem richterlichen Urteil von der Arbeitslosenkasse bezogenen Unterstützungsgelder (Art. L. 122-14-4 CT) zurückzuzahlen. Die dargestellte Regelung gilt allerdings nur für Arbeitnehmer mit einem Dienstalter von zwei und mehr Jahren, welche bei einem Arbeitgeber arbeiten, der mindestens 11 Personen beschäftigt (Art. L. 122-14-6 Abs. 1 und 2 CT). Die übrigen Arbeitnehmer können lediglich Ersatz des effektiven Schadens verlangen (Art. L. 122-14-6 Abs. 3 CT).

Die dargestellten besonderen Sanktionen des irregulären Kündigungsverfahrens kommen gemäss h.L. nur dann zur Anwendung, wenn die Kündigung an sich sachlich gerechtfertigt ist. Ist dies nicht der Fall, d.h. ist die Kündigung auch inhaltlich rechtswidrig, so ist vom Richter entweder eine Kündigungsabfindung zuzusprechen oder die fakultative Wiedereinstellung des Arbeitnehmers anzuordnen (1). Das nicht eingehaltene Kündigungsverfahren ist dann nicht mehr nachzuholen.

3. Rechtsfolgen der sachlich ungerechtfertigten Kündigung

Das Gesetz trifft diesbezüglich auch hier unterschiedliche Regelungen für Arbeitnehmer mit einem Dienstalter von mindestens 2 Jahren, welche bei einem Arbeitgeber angestellt sind, der mehr als 10 Personen beschäftigt, und Arbeitnehmer, welche diese Kriterien nicht erfüllen. Nur die erstgenannten Arbeitnehmer haben Anspruch auf eine Kündigungsabfindung, bzw. auf Wiedereinstellung (Art. L. 122-14-6 Abs. 1 und 2 CT). Die übrigen Arbeitnehmer können nur Ersatz des effektiven Schadens verlangen (Art. L. 122-14-6 Abs. 3 CT).

(1) Vgl. PELISSIER 238: "L'irrégularité quant au fond absorbe l'irrégularité formelle."

unterlassenen Verdienst anrechnen lassen muss. Eine solche Regelung dient damit auch der Rechtssicherheit. Die dem Arbeitgeber gewährte Alternative zwischen Bezahlung der Abfindung und Weiterbeschäftigung führt jedoch nur zu befriedigenden Lösungen, wenn zum Schutz des Arbeitnehmers gewisse Sicherungen bestehen. So sollte eine kurze Frist gelten, innert welcher der Arbeitgeber nach Rechtskraft des Urteils den Arbeitnehmer zur Wiederaufnahme der Arbeit auffordern muss. Ferner ist zu verhindern, dass vom Arbeitgeber nach vollzogener Wiedereinstellung sofort wieder gekündigt oder dass der Arbeitnehmer nur pro forma oder mit schikanöser Arbeit beschäftigt wird. Vor allem die letzten zwei Punkte sind es, welche ganz allgemein die Problematik eines allgemeinen Kündigungsschutzes ausmachen, welcher auf die tatsächliche Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers ausgeht. Denn deren Anordnung, selbst auf dem Wege der einstweiligen Verfügung, wie dies unter gewissen Voraussetzungen in der BRD möglich ist, hindert den Arbeitgeber grundsätzlich nicht, erneut zu kündigen (1). Ferner sind Fälle bekannt, wo der Arbeitnehmer zwar wiedereingestellt, jedoch in schikanöser Weise nur mit unnützer Arbeit beschäftigt wurde (2). Solche Missbräuche können nur verhindert werden, indem beispielsweise nach einer Wiedereinstellung des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis für gewisse Zeit für absolut unkündbar erklärt wird und jede neue, gleichwohl ausgesprochene Kündigung für den Arbeitgeber eine spezielle Sanktion nach sich zieht. Letzteres sollte auch gelten bei missbräuchlicher Verwendung des Arbeitnehmers, sei es nach einer gerichtlich erzwungenen Wiedereinstellung, sei es noch vor dem Ausspruch einer Kündigung durch den Arbeitgeber,

(1) Sog. Kündigungskrieg, vgl. dazu COEN 26ff, welcher Beispiele aus der Praxis ausführlich darstellt, wo Arbeitnehmern während der Dauer des Kündigungsschutzprozesses bis zu vier Mal gekündigt wurde.

(2) JAVILLIER 488f.

wenn dieser durch schikanöses Verhalten den Arbeitnehmer offensichtlich zur Eigenkündigung drängen will.

Die dargestellten Probleme bilden unter anderem den Grund, dass die Arbeitnehmer sich beispielsweise in der BRD, wo ihnen ein Wahlrecht zwischen Kündigungsabfindung und Weiterbeschäftigung zusteht, fast ausnahmslos für die Kündigungsabfindung entscheiden (1). De lege ferenda wäre deshalb zu fordern, dass dort, wo keine wirksamen Mittel zur Durchsetzung der vertragsgemässen Abwicklung des Arbeitsverhältnisses bestehen, dem Arbeitnehmer ein Wahlrecht zwischen Weiterbeschäftigung und Kündigungsabfindung zu gewähren ist. Abzulehnen ist hingegen die Regelung des italienischen Kündigungsschutzgesetzes (2), wo nur der Arbeitgeber ein solches Wahlrecht hat und wo die Gefahr besteht, dass dieser nur deshalb den Arbeitnehmer zur Wiederaufnahme der Arbeit auffordert, weil er von vorneherein mit einer Ablehnung dieser Offerte rechnet und auf die Einsparung der Kündigungsabfindung hofft.

C. Provisorische Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers während des Kündigungsschutzprozesses

Bis heute ist es von unseren Nachbarländern erst die BRD, welche jedem Arbeitnehmer, unabhängig vom Nachweis eines besonderen Interesses, einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung zugesteht (3). In der BRD ist es denn auch grundsätzlich möglich, dass der Arbeitnehmer eine ordentliche Leistungsklage auf Beschäftigung beim Richter erhebt (4). Ein diesem Begehren

(1) Vgl. vorne § 13 A.

(2) Vgl. vorne § 10 F 1.

(3) Vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB (Beschäftigungspflicht) und BAG-Urteil vom 19.9.1976 in DB 1976, 2308.

(4) Zur Zulässigkeit einer solchen Beschäftigungsklage COEN 73ff.

stattgebendes Urteil kann ferner ein Zwangsmittel wie z.B. die Androhung von Haft oder Busse (1) für den Fall vorsehen, dass der Arbeitgeber der richterlichen Anordnung nicht nachkommt (2). Nicht in dieser generellen Weise anerkannt ist der Anspruch auf reale Beschäftigung in den übrigen Nachbarländern der Schweiz. Hier können die Arbeitnehmer nach einer widerrechtlichen Entlassung ihre Weiterbeschäftigung nur auf dem vom Kündigungs-schutzrecht zur Verfügung gestellten Wege betreiben. Für Frankreich und Italien gilt ferner, dass selbst der wegen Vorliegens eines besonderen Arbeitnehmerinteresses anerkannte, tatsächliche Beschäftigungsanspruch sich gegenüber dem Arbeitgeber nicht durchsetzen lässt, sondern lediglich Schadenersatzfolgen auslöst. Der Realexekution steht nämlich der nach wie vor herrschende Grundsatz entgegen, dass aus obligationenrechtlichen Verbindlichkeiten der Schuldner nicht zu einem Tun gezwungen werden könne (*nemo ad factum cogit potest*) (3).

Die Durchsetzung der Weiterbeschäftigung auf dem Wege der ordentlichen Klage, wie sie gemäss bundesdeutschem Recht grundsätzlich möglich ist (4), hat allerdings in der Praxis nur bedingte Relevanz, weil ein solches Urteil vom Arbeitnehmer nicht ausreichend rasch erwirkt werden kann. Zudem wird dieser es angesichts des von ihm zu tragenden Prozessrisikos in der Regel vorziehen, sofort nach seinem Ausscheiden aus dem Betrieb eine neue Stelle zu suchen und anzutreten, womit sich sein Interesse am früheren Arbeitsplatz stark vermindert. Die bereits erwähnte

(1) §§ 888ff ZPO.

(2) Zur Vollstreckung des Beschäftigungsanspruchs COEN 120ff und 179ff.

(3) JAVILLIER 487.

(4) Darüber, dass es in der BRD auf dem Wege der ordentlichen Klage und Vollstreckung des erstinstanzlichen Entscheides in der Praxis möglich war, widerrechtlich entlassene Arbeitnehmer wieder in den Betrieb hineinzubringen, vgl. Votum Teichmüller in Kündigungsschutztagung 139.

Folge ist, dass der Arbeitnehmer schliesslich nicht mehr auf seine Wiedereinstellung tendiert, sondern einer Abfindungslösung zustimmt. Das Verbleiben des Arbeitnehmers an seinem Arbeitsplatz bis zur rechtskräftigen Beurteilung der Arbeitgeberkündigung ist also für ein Kündigungsschutzkonzept, welches auf effektiven Bestandesschutz des Arbeitnehmers ausgeht (1), von grundlegender Bedeutung. Ausgehend von dieser Erkenntnis ist deshalb in der BRD dem Arbeitnehmer vom Betriebsverfassungsgesetz 1972 für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses ein ausdrücklicher provisorischer Weiterbeschäftigungsanspruch zugestanden worden (§ 102 Abs. 5 BetrVG). Diese Regelung hat allerdings die von der Arbeitnehmerschaft in sie gesetzten Erwartungen nicht erfüllt. Ein erster Grund ist die Bindung dieses provisorischen Bestandesschutzes an den wiederum nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässigen Widerspruch des Betriebsrats (2), wodurch der Anwendungsbereich dieser Regelung bereits stark eingeengt wird. Des weitern hat das Bundesarbeitsgericht der BRD in einem stark kritisierten Urteil vom 26.5.77 festgehalten, dass ein Weiterbeschäftigungsanspruch gemäss § 102 Abs. 5 BetrVG nur anzunehmen sei, wenn das Arbeitsverhältnis trotz Kündigung durch den Arbeitgeber nach der objektiven Rechtslage weiterbestehe oder wenn eine solche Kündigung offensichtlich unwirksam sei (3). Wo diese Voraussetzungen fehlen, ist deshalb die Durchsetzung der Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses nicht möglich (4). Dies alles bewirkt, dass dem

(1) Dass das Kündigungsschutzgesetz der BRD ein Bestandesschutz- und kein Abfindungsgesetz sei, wurde vom BAG wiederholt betont, vgl. DAEUBLER II 308.

(2) Vgl. vorne § 8 A 4.

(3) Vgl. DB 1977, 2099.

(4) Vom Bundesarbeitsgericht wird ferner ein provisorischer Weiterbeschäftigungsanspruch neben der Regelung von § 105 BetrVG abgelehnt, womit der vom BAG selber grundsätzlich allgemein bejahte Beschäftigungsanspruch gerade im praktisch bedeutsamsten Fall relativiert wird (vgl. vorne § 8 F).

§ 102 Abs. 5 BetrVG in der Praxis viel geringere Bedeutung zukommt, als es nach dem gesetzlichen Wortlaut den Anschein haben könnte. So kommt es schätzungsweise nur in 2 - 5% der Fälle, in denen vom Betriebsrat Widerspruch gegen eine Arbeitnehmerkündigung erhoben worden ist, zu einer effektiven Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers (1). Vor allem mit Blick auf diese Situation ist in der BRD von seiten der Gewerkschaften gefordert worden, dass eine Kündigung nicht mehr vom Arbeitnehmer anzufechten sei, sondern dass vom Arbeitgeber mittels Gestaltungsklage die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses zu betreiben sei (2). Gemäss dieser Regelung wäre das Arbeitsverhältnis bis zum rechtskräftigen Auflösungsurteil als rechtlich fortbestehend zu betrachten und der Arbeitnehmer bis zu diesem Zeitpunkt in jedem Fall weiterzubeschäftigen. Nur wenn die Erfüllung dieser Pflicht den Arbeitgeber wirtschaftlich unzumutbar belasten würde, oder wenn eine im Verhältnis zu dieser Belastung hinreichende Wahrscheinlichkeit bestünde, dass das Arbeitsverhältnis vom Gericht aufgelöst wird, sollte sich der Arbeitgeber von seiner Beschäftigungspflicht durch einstweilige Verfügung entbinden lassen können (§ 116 Abs. 3 DGB-Entwurf). Ob allerdings die vorgeschlagene Regelung die Lösung des hier in Frage stehenden Problems darstellt, ist zu bezweifeln. Auch durch die Einführung der Gestaltungsklage wird nämlich dem Arbeitgeber die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis faktisch zu beenden, nicht genommen. Letztlich wäre es deshalb wieder der Arbeitnehmer, welcher sich gegen einen solchen faktischen Verlust des Arbeitsplatzes, wie er beispielsweise durch seine unberechtigte Suspendierung von der Arbeit herbeigeführt werden kann, zur Wehr

(1) DAEUBLER II 310.

(2) Vgl. § 116 des vom DGB ausgearbeiteten Entwurfs eines Arbeitsverhältnisgesetzes vom 5. April 1977.

setzen müsste. Der gerade auch in Hinblick auf die provisorische Weiterbeschäftigung durch die Gestaltungsklage angestrebte Tausch der Klägerrollen, wäre damit wieder rückgängig gemacht.

Unter dem Aspekt des heute zunehmend geforderten Rechts auf tatsächliche Beschäftigung ist schliesslich auf einen grundsätzlichen konzeptionellen Mangel des in unseren Nachbarstaaten geltenden allgemeinen Kündigungsschutzrechts hinzuweisen. Die betreffenden Regelungen knüpfen alle nämlich primär an die ordentliche Arbeitgeberkündigung an und erfassen andere, vor allem auch faktische Beendigungsgründe oft nur teilweise oder überhaupt nicht. Gesetzesumgehungen sind deshalb weitgehend möglich. Zwar ist dem Umgehung der Kündigungsschutzvorschriften durch Ausspruch einer ausserordentlichen Kündigung und durch den missbräuchlichen Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse in vielen Nachbarländern mittels zusätzlich einschränkender Gesetzgebung oder Rechtsprechung entgegengewirkt worden, von einem homogenen Bestandesschutz, welcher das Recht des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz gegen jede Beeinträchtigung wahrt, kann jedoch noch nicht gesprochen werden.

4. ABSCHNITT: EXKURS

§ 14 BEFRISTETES ARBEITSVERHAELTNIS

A. Frankreich

Das französische Recht begünstigt das unbefristete Arbeitsverhältnis, indem es den Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse restriktiven Regeln unterstellt:

Die Befristung des Arbeitsverhältnisses hat nur schriftlich vereinbart Gültigkeit. Bei Fehlen der Schriftform wird automa-

tisch ein unbefristetes Arbeitsverhältnis angenommen (Art. L. 121-1 Abs. 1 CT). An ein befristetes Arbeitsverhältnis kann sich grundsätzlich nur einmal ein zweites solches anschliessen. Dieses zweite befristete Arbeitsverhältnis kann nicht für längere Zeit als das erste abgeschlossen werden. Zudem muss die Möglichkeit der befristeten Fortsetzung beim ersten Vertragschluss vereinbart worden sein. Eine zweimalige befristete Verlängerung ist zulässig, wenn das gesamte Arbeitsverhältnis bis zum Schluss nicht mehr als ein Jahr dauert (Art. L. 122-1 Abs. 2 CT).

Wird ein befristetes Arbeitsverhältnis nach Ablauf der vereinbarten Frist stillschweigend fortgesetzt, so bewirkt dies dessen Umwandlung in ein unbefristetes (Art. L. 122-1 Abs. 6 CT).

Enthält der Vertrag über das befristete Arbeitsverhältnis eine Erneuerungsklausel, gedenkt jedoch eine der Parteien, das Arbeitsverhältnis nicht mehr weiterzuführen, so hat sie der Gegenpartei unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfristen auf den Endtermin des ersten Arbeitsverhältnisses zu kündigen (Art. L. 122-2 CT).

Einen Monat vor Ende eines befristeten Arbeitsverhältnisses von mehr als sechsmonatiger Dauer muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, welcher schriftlich die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verlangt hat, über seine diesbezüglichen Absichten bindend Mitteilung machen (Art. L. 122-2-1 Abs. 1 CT). Wird dies vom Arbeitgeber unterlassen, so hat der Arbeitnehmer, sofern das Arbeitsverhältnis nicht fortgesetzt wird, Anspruch auf Schadenersatz in der Höhe eines Monatssalärs (Art. L. 122-2-1 Abs. 2 CT).

Gleich geregelt wie das gewöhnlich befristete ist das Arbeitsverhältnis, welches für eine Saison oder zur Verrichtung einer vorgegebenen Aufgabe abgeschlossen wird. Insbesondere hat der Arbeitgeber das Ende der Saison oder der Arbeit unter Einhaltung der gewöhnlichen Kündigungsfristen anzukündigen (Art. L. 122-3 Abs. 5 CT). Die Nichtbeachtung dieser Kündigungspflicht macht den Arbeitgeber entschädigungspflichtig (Art. L. 122-3-1 CT) (1).

Im übrigen finden jedoch die weiteren Kündigungs- und Kündigungsschutzvorschriften, wie sie für das unbefristete Arbeitsverhältnis aufgestellt wurden, keine Anwendung auf das befristete Arbeitsverhältnis (so ausdrücklich Art. L. 122-3-3 CT).

B. Italien

Eine ausführliche und restriktive Regelung hat das befristete Arbeitsverhältnis durch das Gesetz vom 18. April 1962, Nr. 230 (2), erfahren. Im einzelnen gilt folgendes:

1. Notwendigkeit eines sachlichen Grundes der Befristung

Das genannte Gesetz erklärt den unbefristeten Arbeitsvertrag zum Normalfall und erlaubt den Abschluss befristeter Arbeitsverträge nur in abschliessend aufgezählten Fällen (Art. 1 Abs. 1), nämlich:

- a) Anstellung des Arbeitnehmers für saisonbedingte oder umfangmässig zum voraus bestimmte Arbeiten,
- b) Anstellung als Ersatz für einen vorübergehend abwesenden anderen Arbeitnehmer,

(1) 'Sog. indennité compensatrice i.S. von Art. L. 122-8 Abs. 1 CT.
(2) Legge 18 aprile 1962, n. 230 - Disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato.

- c) Erledigung einer vorübergehend anfallenden Arbeit, welche sonst in diesem Betrieb nicht verrichtet wird,
- d) Arbeitsverträge mit Künstlern und mit technischem Personal in der Unterhaltungsbranche.

2. Schriftlichkeit der Befristungsabrede

Eine Befristung von Arbeitsverträgen von mehr als 12 Tagen Dauer kann nur schriftlich erfolgen (Art. 1 Abs. 3).

3. Verlängerung

Bei Vorliegen besonderer Umstände kann ein befristetes Arbeitsverhältnis durch Vereinbarung höchstens einmal und höchstens um seine ursprüngliche Dauer verlängert werden (Art. 2 Abs. 1). Wird ein befristeter Arbeitsvertrag nach seinem Ablauf stillschweigend fortgesetzt, so wird er zu einem unbefristeten, welcher zudem bezüglich seiner Entstehung auf den Zeitpunkt der ersten Einstellung zurückdatiert wird. Ebenfalls automatisch als unbefristet gelten Arbeitsverträge, welche zwar als befristete, jedoch innert 15 Tagen seit Beendigung eines solchen früheren von weniger als 6 Monaten Dauer bzw. innert 30 Tagen seit Beendigung eines früheren von mehr als 6 Monaten Dauer, durch die selben Parteien abgeschlossen wird (Art. 2 Abs. 2).

4. Leitende Angestellte

Mit leitenden Angestellten dürfen befristete Arbeitsverträge von bis zu 5 Jahren Dauer abgeschlossen werden. Nach 3 Dienstjahren können sie jedoch deren Umwandlung in unbefristete Verträge verlangen (Art. 4).

C. BRD und Oesterreich

Weder in der BRD noch in Oesterreich ist das befristete Arbeitsverhältnis einschränkenden gesetzlichen Regelungen wie in Italien und Frankreich unterworfen worden. In beiden in Frage stehenden Ländern werden jedoch von Lehre und Rechtsprechung, vor allem im Bestreben, Umgehungen der Kündigungsschutzvorschriften zu verhindern, für die Befristung eines Arbeitsverhältnisses zureichende sachliche Gründe verlangt (1).

5. ABSCHNITT: BESONDERER KUENDIGUNGSSCHUTZ

§ 15 BRD

A. Betriebsratsmitglieder

1. Grundsatz: absolutes Kündigungsverbot

Die ordentliche Entlassung eines Betriebsratsmitgliedes ist generell ausgeschlossen (§ 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG) und eine diesbezügliche Arbeitgeberkündigung schlechthin nichtig im Sinne des § 13 Abs. 3 KSchG (2). Darüber hinaus bestimmt das Gesetz keine weiteren Rechtsfolgen. Diejenigen betreffend den allgemeinen Kündigungsschutz sind aber grundsätzlich vorbehalten. Unbestritten ist ferner, dass die Ausübung des Betriebsratsmandates durch eine Arbeitgeberkündigung nicht berührt wird (3). Nach einer widerrechtlichen Entlassung hat das Betriebsratsmitglied einen Weiterbeschäftigungsanspruch nach den gleichen Grundsätzen, wie sie für die übrigen Arbeitnehmer gelten (4).

(1) Vgl. für die BRD: DAEUBLER II 316, für Oesterreich: FLORETTA/SPIELBUECHLER/STRASSER 163.

(2) Vgl. vorne § 8 I 1, ferner HUECK N 36 zu § 15 KSchG.

(3) HUECK N 36 zu § 15 KSchG.

(4) SCHAUB 766.

2. Ausnahmen

a) Ausserordentliche Kündigung

Zulässig ist hingegen die ausserordentliche Kündigung aus wichtigem Grunde (§ 15 Abs. 1 KSchG). Zu einer solchen hat jedoch die Zustimmung des Betriebsrates vorzuliegen (§ 103 Abs. 1 BetrVG). Wird diese verweigert, kann sie allenfalls ersetzt werden durch einen entsprechenden vom Arbeitgeber zu verlangenden Entscheid des Arbeitsgerichts (§ 103 Abs. 2 BetrVG). In der Zwischenzeit ist das Betriebsratsmitglied weiterzubeschäftigen. Es darf grundsätzlich nicht beurlaubt werden. Selbst wenn im Ausnahmefall eine Beurlaubung gerechtfertigt ist, ist ihm das Betreten des Betriebes zur Ausübung seines Mandates zu gestatten. Dieser letztere Anspruch kann auf dem Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden (1).

Ist die Zustimmung zur ausserordentlichen Kündigung vom Betriebsrat oder vom Arbeitsgericht erteilt worden, kann die Kündigung gleichwohl vom Betriebsratsmitglied gemäss den allgemeinen Kündigungsschutzbestimmungen angefochten werden.

b) Ausnahmsweise ordentliche Kündigung

Ausnahmsweise ist auch die ordentliche Entlassung eines Betriebsratsmitgliedes zulässig, falls bei Stillegung des Betriebes dessen Weiterbeschäftigung in einer anderen Abteilung nicht möglich ist (§ 15 Abs. 4 und 5 KSchG).

3. Beginn und Ende des Kündigungsschutzes

Besonderen Kündigungsschutz in der oben dargestellten Weise ge-

(1) STAHLHACHE 217.

niessen Betriebsratsmitglieder während ihrer Amtszeit und ein Jahr nach Ende ihres Mandates. Ebenso geschützt sind Wahlbewerber und Wahlvorstände während und bis 6 Monate nach Durchführung der Betriebsratswahl (§ 15 Abs. 1 KSchG).

B. Mitglieder anderer Arbeitnehmervertretungen

Im wesentlichen gleich geschützt wie die Betriebsratsmitglieder sind die Mitglieder von Jugendvertretungen, Bordvertretungen, von Seebetriebsräten und Personalvertretungen (§ 15 Abs. 1 und 2 KSchG).

C. Exkurs: Repressionsverbot

Gemäss § 78 Abs. 1 BetrVG ist die Behinderung der Tätigkeit der Betriebsräte und anderer Arbeitnehmervertretungen unter Strafandrohung verboten (§ 119 Abs. 1 Ziff. 2 BetrVG). Theoretisch könnte auf dieser Grundlage ein wirksamer Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder durchgesetzt werden. In der Praxis haben die genannten Bestimmungen jedoch keine Bedeutung erlangt (1).

D. Mutterschutz

1. Kündigungsschutz

a) Allgemeines Kündigungsverbot

Die ordentliche wie ausserordentliche Entlassung einer Arbeitnehmerin während der ganzen Schwangerschaft und bis 4 Monate nach der Entbindung ist unzulässig, sofern dem Arbeitgeber zur Zeit der Kündigung die Schwangerschaft oder Entbindung bekannt

(1) DAEUBLER I 231.

war oder ihm innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigungserklärung bei der Arbeitnehmerin davon Mitteilung gemacht wird (§ 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG). Nötig ist die sichere Kenntnis des Arbeitgebers. Bei blosser Vermutung einer Schwangerschaft der zu entlassenden Arbeitnehmerin ist dieser "im allgemeinen aus der Fürsorgepflicht nicht verpflichtet, sich näher zu erkundigen" (1). Bei rechtswidriger Entlassung der Arbeitnehmerin ist der Arbeitgeber wegen Annahmeverzug zur vollen Lohnzahlung verpflichtet.

b) Ausnahmen

Ausnahmsweise und nur mit vorgängiger Zustimmung der zuständigen Behörde ist der Arbeitgeber zur Kündigung einer schwangeren Arbeitnehmerin berechtigt (§ 9 Abs. 3 MuSchG). Welches allerdings zulässige Kündigungsgründe sind, bestimmt das Gesetz nicht.

2. Sonderkündigung durch die Arbeitnehmerin

Eine Frau kann während der Schwangerschaft und während der 4-monatigen Schutzfrist nach ihrer Entbindung ohne Einhaltung einer Frist zum Ende der Schutzfrist kündigen (§ 10 Abs. 1 MuSchG).

3. Erhaltung von Rechten

Macht die Arbeitnehmerin von ihrem Sonderkündigungsrecht Gebrauch und wird sie innerhalb eines Jahres nach der Entbindung vom selben Arbeitgeber wieder eingestellt, so wird ihr früheres Arbeitsverhältnis als mit allen Rechten und Pflichten fortgesetzt betrachtet (§ 10 Abs. 2 MuSchG).

(1) So SCHAUB 854.

E. Militärdienst

1. Ruhen des Arbeitsverhältnisses

Bei Einberufung des Arbeitnehmers zum Wehrdienst ruht das Arbeitsverhältnis (§ 1 Abs. 1 ArbPlatzSchG).

2. Kündigungsverbot

Während des Wehrdienstes ist die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber nicht zulässig (§ 2 Abs. 1 ArbPlatzSchG). Ebenfalls und zu jeder Zeit unzulässig ist die Kündigung wegen Wehrdienstes (§ 2 Abs. 2 ArbPlatzSchG).

3. Ausserordentliche Kündigung

Wehrdienst stellt grundsätzlich auch keinen wichtigen Grund zu einer ausserordentlichen Entlassung dar. Eine Ausnahme davon besteht unter bestimmten Voraussetzungen für unverheiratete Arbeitnehmer in Betrieben mit weniger als 6 Arbeitnehmern (§ 2 Abs. 2 Satz 2 ArbPlatzSchG). Diese zulässige ausserordentliche Kündigung kann jedoch nur unter Einhaltung einer zweimonatigen Frist auf das Datum der Entlassung des Arbeitnehmers aus dem Wehrdienst ausgesprochen werden (§ 2 Abs. 3 Satz 3 ArbPlatzSchG).

4. Kündigungsanfechtung

Die gegen die Vorschriften betreffend den kündigungsrechtlichen Schutz der wehrdienstpflichtigen Arbeitnehmer verstossende Kündigung kann, sofern der Gekündigte auch sonst dem Kündigungsschutzgesetz unterstellt ist, mittels allgemeiner Kündigungsschutzklage (§ 4 KSchG) angefochten werden. Die dreiwöchige

Frist zur Klageerhebung beginnt dann 2 Wochen nach Ende des Wehrdienstes (§ 2 Abs. 4 ArbPlatzSchG).

F. Schwerbehinderte

1. Beschäftigungspflicht

Für gewisse Arbeitgeber besteht eine Pflicht zur Beschäftigung einer gewissen Anzahl Schwerbehinderter (vgl. §§ 4ff SchwbG).

2. Kündigungsschutz

Für schwerbehinderte Arbeitnehmer gilt eine ordentliche Mindestkündigungsfrist von 4 Wochen (§ 13 SchwbG). Zudem bedarf sowohl die ordentliche wie die ausserordentliche Kündigung der vorgängigen Zustimmung der Hauptfürsorgestelle (§ 12 SchwbG). Dieser besondere Kündigungsschutz besteht zusätzlich zu allfällig allgemeinem (1), woraus sich eine zweispurige Anfechtungsmöglichkeit ergibt: Einmal kann der Schwerbehinderte gegen den seine Kündigung gutheissenden Entscheid der Hauptfürsorgestelle rekurrieren. Gleichzeitig kann er die ordentliche, allgemeine Kündigungsschutzklage erheben.

G. Krankheit

1. Kein erhöhter Kündigungsschutz

In der BRD ist sowohl die ordentliche als auch die ausserordentliche (2) Entlassung weder während noch wegen Krankheit des Arbeitnehmers grundsätzlich unzulässig. Vielmehr stellt

(1) STAHLHACKE 188f.

(2) Vgl. STAHLHACKE 99, welcher allerdings ausdrücklich festhält, dass, wenn die ordentliche Kündigung nicht möglich ist, dies erst recht auch für die fristlose Entlassung gelte.

gesundheitsbedingte Verhinderung an der Arbeitsleistung den häufigsten personenbedingten Kündigungsgrund im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG dar (1). Gemäss geltender Rechtsprechung ist eine Entlassung des Arbeitnehmers im Krankheitsfall allerdings nur dann sozial gerechtfertigt, wenn es sich um eine langedauernde oder häufig auftretende Krankheit handelt und eine Genesung des Arbeitnehmers nicht abzusehen ist, wenn ferner dessen Abwesenheit eine erhebliche Störung der betrieblichen Arbeitsabläufe herbeizuführen droht oder bereits bewirkt hat, die vom Arbeitgeber nicht durch zumutbare Gegenmassnahmen behoben werden kann, und wenn des weitern eine Interessenabwägung gegen eine weitere wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers spricht (2). Auf keinen Fall ist die Entlassung des kranken Arbeitnehmers bereits auf Ende der ordentlichen Kündigungsfrist zulässig (3). Darüber hinaus existieren jedoch in der BRD keine gesetzliche Kündigungssperrfristen, wie sie das schweizerische Recht (Art. 336e OR) kennt.

Von einer Kündigung aus Anlass der Krankheit des Arbeitnehmers wird die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nicht berührt (so ausdrücklich § 6 Abs. 1 LFG, § 63 Abs. 1 Satz 2 HGB, § 133c Satz 1 GewO, § 616 Abs. 2 Satz 3 BGB).

2. Lohnfortzahlung im Krankheitsfall

Bei durch Krankheit verursachter Arbeitsunfähigkeit haben mit Ausnahme weniger abweichender Fälle alle Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber einen vollen Lohnanspruch für 6 Wochen ab erstem Tag der Verhinderung. Dieser Anspruch besteht für Angestell-

(1) Vgl. vorne § 8 A 2 a.

(2) Vgl. dazu SCHAUB 700f.

(3) Dies die h.L., vgl. dazu DAEUBLER II 283 und dort zitierte Autoren.

te unmittelbar mit beginnendem (§ 616 BGB), für Arbeiter nach 4-wöchigem Arbeitsverhältnis (§ 1 LFG). Im Gegensatz zur Regelung des schweizerischen Rechts (Berner Skala) erhöht sich der Lohnfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall nicht mit zunehmendem Dienstalter des Arbeitnehmers.

H. Weitere Arbeitnehmer

Besonders kündigungsrechtlich geschützt sind die Abgeordneten des Bundes und der Länder, ferner die Inhaber von sog. Bergmannsversorgungsscheinen, welche zudem nur mit Zustimmung einer sog. Zentralstelle entlassen werden können (1).

Ebenso geniessen die zum Zivilschutz eingezogenen Arbeitnehmer (2) und die aus Kriegsgefangenschaft oder Internierung zurückgekehrten sogenannten Heimkehrer besonderen Kündigungsschutz (§ 8 HeimKG).

§ 16 OESTERREICH

A. Betriebsratsmitglieder

1. Vorgängige Zustimmung des Einigungsamtes

Einem Mitglied des Betriebsrates darf bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit der Kündigung grundsätzlich nur nach vorangegangener Zustimmung des Einigungsamtes ordentlich oder ausserordentlich gekündigt werden (§ 120 Abs. 1 Satz 1 ArbVG. Ausnahmsweise kann in gewissen, abschliessend vom Gesetz aufgezählten Fällen (schwere Straftat, Ehrverletzung gegenüber dem Arbeitgeber etc.,

-
- (1) Vgl. das Gesetz vom 10.8.1948 i.d.F. vom 9.1.1958 und vom 14.4.1971 für NRW; ferner das Gesetz vom 6.1.1949 für Niedersachsen.
 - (2) § 13 Abs. 3 des 1. Gesetzes über Massnahmen zum Schutze der Zivilbevölkerung vom 9. Oktober 1957.

vgl. Ziff. 3) die fristlose Entlassung des Betriebsratsmitglieds vor der Zustimmung des Einigungsamtes rechtswirksam ausgesprochen werden.

2. Ordentliche Kündigungsgründe

Das Einigungsamt darf eine ordentliche Kündigung nur bewilligen, wenn der Arbeitgeber im Falle einer dauernden Einstellung oder Einschränkung des Betriebes nachweist, dass er das betreffende Betriebsratsmitglied entgegen dessen ausdrücklichem Verlangen an einem anderen Arbeitsplatz im Betrieb oder Unternehmen ohne erheblichen Schaden nicht weiterbeschäftigen kann (§ 121 Ziff. 1 ArbVG). Der ordentlichen Kündigung ist ferner zuzustimmen, wenn das Betriebsratsmitglied unfähig wird, die vertraglich vereinbarte Arbeit zu leisten, sofern auf absehbare Zeit eine Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit nicht zu erwarten ist und dem Betriebsinhaber die Weiterbeschäftigung oder die Zuweisung einer anderen Arbeit, zu deren Verrichtung das Betriebsratsmitglied sich bereit erklärt hat, nicht zugemutet werden kann (§ 121 Ziff. 2 ArbVG). Ein ordentlicher Kündigungsgrund stellt schliesslich die beharrliche Pflichtverletzung des Betriebsratsmitglieds oder dessen für den Arbeitgeber unzumutbar schlechte Arbeitsdisziplin dar (§ 121 Ziff. 3 ArbVG). Vom Einigungsamt nicht bewilligt werden darf eine Kündigung, welche eine Beschränkung des durch § 115 Abs. 3 ArbVG garantierten Rechts auf freie gewerkschaftliche Betätigung bezweckt oder wenn das vom Arbeitgeber als Kündigungsgrund angegebene Verhalten des Betriebsratsmitglieds in Ausübung des Mandats gesetzt wurde und unter Abwägung aller Umstände entschuldbar war (§ 120 Abs. 1 Satz 3 ArbVG).

3. Ausserordentliche Kündigung

Das Einigungsamt darf eine ausserordentliche Kündigung nur aus den vom Gesetz ausdrücklich aufgezählten Gründen bewilligen. Diese sind u.a.: Straftaten des Arbeitnehmers, welche mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht sind, Tötlichkeit oder erhebliche Ehrverletzung am Arbeitsplatz, Verrat von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen, konkurrenzierende Nebentätigkeit (§ 122 Abs. 1 Ziff. 2 ArbVG). In jedem Fall ist jedoch die ausserordentliche Kündigung nur zulässig, wenn im konkreten Einzelfall die Weiterbeschäftigung des Betriebsratsmitglieds für den Arbeitgeber tatsächlich unzumutbar ist (§ 122 Abs. 2 ArbVG).

4. Rechtsfolgen

Das Gesetz bestimmt ausser der Rechtsunwirksamkeit nichts Konkretes für den Fall, dass eine ordentliche oder ausserordentliche Kündigung ohne Zustimmung des Einigungsamtes vom Arbeitgeber vollzogen wird. Gemäss herrschender Anschauung ist eine solche Kündigung absolut nichtig und bedarf deshalb nicht einmal der Anfechtung (1). Das widerrechtlich entlassene Betriebsratsmitglied ist so gestellt, wie wenn keine Kündigung erfolgt wäre, und es kann, falls der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung verweigert, nach den Bestimmungen über den Annahmeverzug (§ 1155 ABGB) vorgehen. Somit kann das Betriebsratsmitglied den Lohn fordern, den es in der Zeit seiner Nichtbeschäftigung erhalten hätte, allerdings unter Abzug dessen, was es anderweitig erworben oder absichtlich zu erwerben unterlassen hat. Das Gesetz geht demnach auch bei den an sich als erhöht schützenswert

(1) FLORETTA/STRASSER N. 2.3.1. zu §§ 120 - 122 ArbVG.

beurteilten Arbeitnehmervertretern davon aus, dass diese nach einer unzulässigen Entlassung eine neue Stelle antreten. In der Praxis wird damit die materiell sehr weitgehende Beschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers wieder aufgehoben.

5. Beginn und Ende des Kündigungsschutzes

Der besondere Schutz der Betriebsratsmitglieder beginnt mit dem Zeitpunkt der Annahme der Wahl und endet drei Monate nach Erlöschen des Mandats (§ 120 Abs. 3 ArbVG). Wie die Betriebsratsmitglieder sind auch die Ersatzmitglieder, die Wahlvorstände und Wahlbewerber, ferner die sog. Jugendvertrauensräte kündigungsrechtlich geschützt (§ 120 Abs. 4 und § 130 ArbVG).

B. Mutterschutz

1. Kündigungsschutz

Eine Kündigung, die gegenüber einer Arbeitnehmerin während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von 4 Monaten nach der Niederkunft ausgesprochen wird, ist grundsätzlich rechtsunwirksam, ausser dem Arbeitgeber ist die Schwangerschaft bzw. die Entbindung nicht bekannt gewesen (§ 10 Abs. 1 MuSchG). In einem solchen Fall kann die Arbeitnehmerin die Kündigung durch die schriftliche Bekanntgabe dieser Umstände an den Arbeitgeber rechtsunwirksam machen. Diese Mitteilung hat innert 5 Tagen nach Ausspruch der Kündigung zu erfolgen (§ 10 Abs. 2 MuSchG). Wirksam bleibt hingegen jede Kündigung, welche vor der Schwangerschaft erklärt wurde, auch wenn der Kündigungstermin in die Schutzfrist fällt (1).

(1) BINDER in ZAS 1978, 88.

Eine ordentliche Kündigung während der Schutzfrist (vgl. oben Ziff. 1) ist nur mit Einwilligung des Einigungsamtes, und nur dann zulässig, wenn wegen einer Produktionseinschränkung oder -stillegung das Arbeitsverhältnis mit der Arbeitnehmerin nicht ohne Schaden für den Betrieb aufrechterhalten werden kann (§ 10 Abs. 3 MuSchG). Mutterschaftsbedingte Minderleistung am Arbeitsplatz ist nie ein ordentlicher Kündigungsgrund (1). Wird der Betrieb innert 4 Monaten nach der Niederkunft der gekündigten Arbeitnehmerin wieder aufgenommen, so wird ihre Kündigung ex tunc unwirksam, wenn sie innert 2 Monaten ihre Wiedereinstellung verlangt (§ 10 Abs. 4 MuSchG).

Eine ausserordentliche Entlassung der Arbeitnehmerin während der Schwangerschaft und 4 Monaten nach ihrer Niederkunft ist nur aus abschliessend vom Gesetz aufgezählten Gründen zulässig. Als solche fallen in Betracht die beharrliche Pflichtverletzung, Untreue im Dienst, Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Tätlichkeit oder erhebliche Ehrverletzung gegen den Arbeitgeber, vorsätzliche Begehung einer mit mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe bedrohten strafbaren Handlung und Trunksucht (§ 12 Abs. 1 lit. a - e MuSchG).

2. Mutterschaftsurlaub

Der Arbeitgeber hat der Arbeitnehmerin auf ihr Verlangen einen ab der Niederkunft berechneten, maximal einjährigen, unbezahlten Mutterschaftsurlaub zu gewähren (§ 15 Abs. 1 - 3 MuSchG). Während dieses sogenannten Karenzurlaubs und bis 4 Wochen nach dessen Ende ruht das Arbeitsverhältnis (2) und ist nur nach den gleichen Vorschriften kündbar, wie sie während der Schwangerschaft zu beachten sind (§ 15 Abs. 4 MuSchG).

(1) BINDER in ZAS 1978, 89.

(2) FLORETTA/SPIELBUECHLER/STRASSER 149f.

C. Invalide

1. Beschäftigungspflicht

In der Regel sind Arbeitgeber, welche 25 oder mehr Arbeitnehmer beschäftigen, verpflichtet, auf je 25 Arbeitnehmer einen Invaliden einzustellen (§ 1 Abs. 1 IEinstG). Invalide im Sinne des Invalideneinstellungsgesetzes sind Personen, welche zu mindest 50% arbeitsunfähig sind (§ 2 Abs. 1).

2. Kündigungsschutz

Einem Invaliden kann nur rechtsgültig gekündigt werden, wenn die zuständige Behörde (1) nach Anhörung des Betriebsrates vorgängig hiezu die Zustimmung erteilt hat (§ 8 Abs. 2 IEinstG). Unter welchen Voraussetzungen diese zu erteilen ist, sagt das Gesetz nicht. Die Behörde kann deshalb nach freiem Ermessen entscheiden (2).

D. Militärdienst

Wird der Arbeitnehmer in den Militärdienst (3) einberufen, so kann ihm ab Datum des Marschbefehls bis einen Monat nach Dienstende vom Arbeitgeber nicht rechtswirksam gekündigt werden (§ 6 Abs. 1 ArbPlSG). Eine ordentliche Kündigung ist nur wegen ganzer oder teilweiser Betriebsstillegung (§ 6 Abs. 2 ArbPlSG), eine ausserordentliche Kündigung nur aus qualifiziert wichtigen Gründen (§ 7 Abs. 2 ArbPlSG) zulässig. In beiden Fällen ist die Zustimmung des Eingungsamtes nötig.

(1) Invalidenausschuss des jeweiligen Landesinvalidenamtes, vgl. § 12 IEinstG.

(2) KORINEK in ZAS 1970, 89ff, MAYER-MALY 134.

(3) Sog. Präsenzdienst, vgl. §§ 28 und 52 WehrG.

E. Lehrlinge

Lehrlinge sind gemäss den Bestimmungen des Berufsbildungsgesetzes vor ordentlicher oder ausserordentlicher Entlassung weitgehend geschützt. Zudem ist der Arbeitgeber nach ordentlichem Abschluss der Lehrzeit während weiteren 4 Monaten verpflichtet, den früheren Lehrling zu beschäftigen (1).

F. Krankheit und Unfall

Dem Arbeitnehmer darf während einer durch Krankheit oder Unfall bedingten Verhinderung von der Arbeitsleistung grundsätzlich gekündigt werden. Dies gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Ist der Arbeitnehmer allgemein kündigungsrechtlich geschützt, so hat ein Kündigungsgrund im Sinne der §§ 105ff ArbVG vorzuliegen (2). Die Verhinderung selbst ist als solcher Kündigungsgrund nur zu betrachten, wenn sie die Fortführung des Arbeitsverhältnisses über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus für den Arbeitgeber unzumutbar macht. Dies wird unter anderem bei langedauernder Krankheit des Arbeitnehmers angenommen (3). Eine weitere Einschränkung besteht in Bezug auf die Wirkungen der Kündigung. So vermag die Kündigung zwar das Arbeitsverhältnis zu beenden, entbindet aber den Arbeitgeber nicht von einer eventuell längerdauernden Lohnfortzahlungspflicht (§ 9 Abs. 1 AngG und GutsAngG, § 1156b ABGB, § 5 EFZG).

(1) Sog. Behaltepflicht, vgl. § 18 Abs. 1 Berufsbildungsgesetz.

(2) Vgl. vorne § 9 C lff.

(3) FLORETTA/STRASSER N. 3.2.2. zu §§ 105-107 ArbVG.

§ 17 FRANKREICH

A. Arbeitnehmervertreter

1. Allgemeines

Kündigungsrechtlich besonders geschützt sind die *délégués du personnel* (in Betrieben mit 11 bis 49 Arbeitnehmern), die Mitglieder des *comité d'entreprise* (in Betrieben mit 50 und mehr Arbeitnehmern) und die betrieblichen Gewerkschaftsvertreter (sog. *délégués syndicaux*) (1). Für diese Arbeitnehmervertreter gelten grundsätzlich alle gewöhnlichen Kündigungsschutzvorschriften. Insbesondere hat auch ihre Entlassung durch zureichende sachliche Gründe (*cause réelle et sérieuse*, vgl. § 11 C) gerechtfertigt zu sein. Ebenso sind sämtliche kündigungsrechtlichen Verfahrensregeln zu beachten (2). Der besondere Kündigungsschutz der Arbeitnehmervertreter ergibt sich unabhängig davon, ob die Kündigung aus personenbedingten oder wirtschaftlichen Gründen erfolgt (3), aus folgenden zusätzlichen Verfahrensvorschriften:

2. Zustimmung des comité d'entreprise zur Kündigung

Die Entlassung eines Mitglieds einer Arbeitnehmervertretung ist nur zulässig, wenn dieser vom *comité d'entreprise* vorgängig zugestimmt worden ist (Art. L. 436-1 Abs. 1 Satz 1 CT betreffend Mitglieder der *comité d'entreprise*; Art. L. 420-22 Abs. 1 CT betreffend *délégués du personnel*). Dies gilt auch für die fristlose Entlassung (4).

(1) In ähnlicher Weise wie die genannten Arbeitnehmervertreter sind auch die *médecins du travail*, die *conseiller du travail* und die Mitglieder der *comités d'hygiène et de sécurité* kündigungsrechtlich geschützt (Vgl. BRUN/GALLAND II 359ff, 354ff und 358ff).

(2) Vgl. vorne § 11 A und B.

(3) BRUN/GALLAND II 372f.

(4) VOULET 03.

3. Zustimmung des Arbeitsinspektors

Verweigert das comité d'entreprise seine Zustimmung zur Kündigung, so kann der Arbeitgeber an den Arbeitsinspektor gelangen, welcher die fehlende Zustimmung durch eine Bewilligung ersetzen kann (Art. L. 436-1 Abs. 1 und Art. L. 420-22 Abs. 2 CT). Die Bewilligung des Arbeitsinspektors ist immer erforderlich, wenn im Betrieb kein comité d'entreprise existiert. Gegen den Entscheid des Arbeitsinspektors steht den Parteien ein Rekursrecht zu (Art. R. 436-4 CT). Im übrigen bestehen detaillierte Vorschriften, welche das Bewilligungsverfahren regeln (Art. R. 436-1ff CT) (1).

4. Rechtsfolgen der Verletzung der Verfahrensvorschriften

a) Zivilrechtliche Folgen

Die ohne Zustimmung des comité d'entreprise bzw. des Arbeitsinspektors gegenüber einem Arbeitnehmervertreter erklärte Kündigung ist nichtig und unwirksam (2). Das Arbeitsverhältnis ist in der Folge als fortbestehend zu betrachten. Gleichwohl scheidet auch nach einer solchen nichtigen Kündigung der Arbeitnehmervertreter in der Regel aus dem Betrieb aus. Zwar hat der Arbeitnehmer gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung, im Gegensatz zum gewöhnlichen Arbeitnehmer, einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung. Dieser Anspruch ist jedoch in der Regel nicht real durchsetzbar, weil es sich bei der Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers um eine Obligation auf Tun handelt, deren Nichterfüllung gemäss den allgemeinen Regeln des französischen Zivilrechts (Art. 1142 CC) nur Schadenersatzfol-

(1) RIVERO/SAVATIER 186ff.

(2) Dies die herrschende Lehre, vgl. VOULET 05.

gen auslöst (1). Eine diesbezügliche Ausnahme besteht nach der Rechtsprechung nur dann, wenn sich der Arbeitgeber bei der Entlassung des Arbeitnehmervertreters sog. verbotener Eigenmacht (voie de faite) schuldig gemacht hat, d.h. wenn die Kündigung qualifiziert rechtswidrig ist. In einem solchen Fall kann dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmervertreters durch richterliche Verfügung (référé) und unter Androhung von Zwangsmitteln (astreinte) auferlegt werden (2).

Der widerrechtlich entlassene Arbeitnehmervertreter hat gegenüber dem Arbeitgeber einen Schadenersatzanspruch, der betragsmässig und maximal dem Lohn entspricht, der ihm bis zum Ablauf der kündigungsrechtlich besonders geschützten Zeit (Dauer des Mandats plus 6 Monate) auszurichten gewesen wäre (3).

b) Strafrechtliche Folgen

Die Behinderung der Tätigkeit der Arbeitnehmervertreter im Betrieb ist dem Arbeitgeber ganz allgemein unter Androhung von Busse im Betrage von ffr. 2'000.-- bis 20'000.-- oder von Gefängnis (2 Monate bis 2 Jahre) untersagt (Art. L. 462-1, Art. L. 463-1, Art. L. 461-2 CT). Diese strafrechtlichen Sanktionen kommen auch zur Anwendung, wenn ein Arbeitnehmer widerrechtlich entlassen wird oder der Arbeitgeber dessen Weiterbeschäftigung verweigert (4).

5. Suspendierung (mise à pied)

Ein Arbeitnehmervertreter kann, wie jeder andere Arbeitnehmer,

(1) Art. 1142 CC: "Tout obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur." Vgl. zur z.L. und Rechtsprechung BRUN/GALLAND II 389.

(2) Vgl. dazu RIVERO/SAVATIER 189, JAVILLIER 486ff, RONGERE 206ff.

(3) BRUN/GALLAND II 391.

(4) RIVERO/SAVATIER 189f, RONGERE 212ff.

aus wichtigem Grunde (faute grave) fristlos entlassen werden. Bei einer solchen ausserordentlichen Entlassung ist vom Arbeitgeber das gleiche Verfahren wie bei einer ordentlichen Kündigung einzuhalten. Zulässig ist jedoch, den Arbeitnehmervertreter in der Zeit, in welcher das Bewilligungsverfahren vor dem comité d'entreprise resp. dem Arbeitsinspektorat läuft (vgl. oben Ziff. 2 und 3), von der Arbeit zu suspendieren (Art. L. 420-22 Abs. 3, Art. L. 436-1 Abs. 1 und 2, Art. L. 412-15 Abs. 1 und 3 CT). Die Suspendierung ist jedoch nur zulässig, wenn sie im Interesse des guten Funktionierens des Betriebes notwendig wird. Unzulässig ist diese Massnahme insbesondere dann, wenn damit die Tätigkeit der Arbeitnehmervertretung behindert werden soll (1). In einem solchen Fall setzt sich der Arbeitgeber den gleichen strafrechtlichen Sanktionen aus, wie sie bei der rechtswidrigen Entlassung eines Arbeitnehmervertreters zur Anwendung kommen (vgl. oben Ziff. 4 b). Die zulässige Suspendierung beendet das Arbeitsverhältnis nicht, sondern bewirkt lediglich dessen Ruhen. Der Arbeitnehmervertreter ist von der Arbeitspflicht entbunden. Sein Lohnanspruch entfällt. Gleichzeitig ist ihm das Betreten des Betriebes verwehrt, und er ist von seinen Funktionen als Arbeitnehmervertreter vorübergehend enthoben (2). Wird nach einer Suspendierung die zur Kündigung notwendige Zustimmung des comité d'entreprise oder des Arbeitsinspektors nicht erteilt, so wird das Arbeitsverhältnis automatisch mit allen Rechten und Pflichten reaktiviert (Art. L. 436-1 und Art. L. 412-15 CT). Zudem ist vom Arbeitgeber der Lohn für die ganze Zeit der Suspendierung zu bezahlen (3).

(1) RIVERO/SAVATIER 190.

(2) So die h.L., vgl. VOULET 08, ferner die Rechtsprechung in DALLOZ 798f.

(3) BRUN/GALLAND II 386.

6. Beginn und Ende dieses besonderen Kündigungsschutzes

Besonderen Kündigungsschutz genießen die genannten Arbeitnehmervertreter und ihre Ersatzleute während der Dauer ihres Amtes und 6 Monate danach. Wahlbewerber sind ab Ausschreibung der Wahl während 3 Monaten in gleicher Weise geschützt (Art. L. 420-22 CT).

7. Arbeitnehmervertreter mit befristeten Arbeitsverträgen

Die Erneuerung des befristeten Arbeitsvertrages eines Arbeitnehmervertreters kann vom Arbeitgeber nur bei Vorliegen zureichender sachlicher Gründe (*motif sérieux et légitime*) verweigert werden. Beabsichtigt der Arbeitgeber, den Vertrag nicht zu erneuern, so hat er das Kündigungsverfahren einzuhalten, wie es bei der ordentlichen Kündigung zu beachten wäre (1) (Art. L. 420-22 CT).

8. Gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Seit einem Grundsatzentscheid der Cour de cassation vom 21. Juni 1974 (2) ist dem Arbeitgeber untersagt, die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit einem Arbeitnehmervertreter auf dem Wege der gerichtlichen Auflösung (*résiliation judiciaire*) zu betreiben. Damit ist dem Arbeitgeber die Möglichkeit genommen, die besonderen, bei der Entlassung eines Arbeitnehmervertreters zu beachtenden Verfahrensvorschriften (vgl. oben Ziff. 2 und 3) zu umgehen (3).

(1) Vgl. vorne § 11 A und B und § 17 A 1 und 2.

(2) In J.C.P. 1974 II 17801 (Touffait).

(3) Vgl. dazu RIVERO/SAVATIER 190ff.

B. Krankheit

1. Ruhen des Arbeitsverhältnisses

Es existieren keine besonderen gesetzlichen Bestimmungen, welche die Kündigung im Falle der Krankheit des Arbeitnehmers regeln. Gemäss einer bereits langedauernden Rechtsprechung bewirkt die krankheitsbedingte Verhinderung des Arbeitnehmers zunächst nur das Ruhen des Arbeitsverhältnisses. Der Arbeitgeber ist damit von der Lohnfortzahlungspflicht entbunden. Indessen ist das Arbeitsverhältnis in dieser Zeit nicht völlig unkündbar. Eine Kündigung kann jedoch nur aus einem Grunde erfolgen, welcher nicht mit der Krankheit des Arbeitnehmers in Zusammenhang steht (1).

2. Höhere Gewalt

Eine besondere Situation tritt ein, wenn die Krankheit des Arbeitnehmers länger andauert (maladie prolongée) und dadurch der Arbeitgeber zur definitiven Neubesetzung des Arbeitsplatzes des kranken Arbeitnehmers gezwungen wird. In einem solchen Fall spricht die Lehre vom Auflösungsgrund der höheren Gewalt, welche zum automatischen Ende des Arbeitsverhältnisses führt. Der Arbeitgeber hat nicht mehr eigentlich zu kündigen, sondern dem Arbeitnehmer nur noch von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses Mitteilung zu machen (2). Eine neuere Tendenz der Rechtsprechung geht allerdings dahin, zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen Krankheit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber eine ordentliche Kündigungserklärung und insbesondere die Einhaltung der Kündigungsfristen und des ordentlichen Kündigungsverfahrens zu verlangen (3).

(1) RONGERE 70.

(2) RONGERE 24.

(3) Vgl. die angeführten Entscheide bei BRUN/GALLAND I 766f.

3. Kollektivverträge

Ein besserer Kündigungsschutz ist den Arbeitnehmern im Krankheitsfall in der Regel durch die Kollektivverträge gewährt, welche eigentliche Kündigungssperrfristen enthalten und den Arbeitgeber in der Regel für gewisse Zeit zur Weiterzahlung des Lohnes verpflichten (sog. salaire d'inactivité) (1).

C. Mutterschutz

1. Absolutes Kündigungsverbot

Eine Arbeitnehmerin darf 2 Wochen vor ihrer voraussichtlichen Niederkunft und 6 Wochen danach vom Arbeitgeber nicht beschäftigt werden (Art. L. 224-1 CT). Zudem ist sie auf eigenes Verlangen in den 6 Wochen vor und den 8 Wochen nach der Niederkunft von der Arbeit freizustellen (Art. L. 122-26 Abs. 1 Satz 1 CT). In gewissen Spezialfällen gelten noch längere Freistellungsfristen (2). Während der Freistellung der Arbeitnehmerin ruht das Arbeitsverhältnis und jede Kündigung, selbst eine ausserordentliche Entlassung, ist absolut verboten. Eine bereits gültig vor dieser Sperrfrist erklärte Kündigung ist in dieser Zeit aufgeschoben (Art. L. 122-27 CT). Einen gesetzlichen Lohnanspruch hat die Arbeitnehmerin während ihrer Freistellung nicht. Ihr Lohnausfall wird jedoch von einer obligatorischen Mutterschaftsversicherung teilweise vergütet. Nimmt die Arbeitnehmerin nach ihrer Niederkunft die Arbeit wieder auf, so ist ihr der frühere Arbeitsplatz zu den früheren Bedingungen zuzuweisen (ausdrücklich Art. L. 122-26 Abs. 6 CT).

(1) Vgl. RIVERO/SAVATIER 422, ferner Le guide du salarié 39.

(2) Z.B. bei Mehrlingsgeburt, schwangerschaftsbedingter Krankheit der Arbeitnehmerin, Hospitalisierung des Neugeborenen etc., vgl. dazu Art. L. 122-26 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 und 4 CT.

2. Relatives Kündigungsverbot

Während der ganzen Dauer der Schwangerschaft und 14 Wochen nach der Niederkunft ist die ordentliche Entlassung der Arbeitnehmerin grundsätzlich unzulässig. Zulässig ist hingegen, allerdings unter dem Vorbehalt des absoluten Kündigungsverbots (vgl. oben Ziff. 1), die ausserordentliche Entlassung der Arbeitnehmerin wegen faute grave sowie die ordentliche Entlassung wegen Konkurses des Arbeitgebers, wegen Betriebsstillegung oder wegen anderer Gründe, welche die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unmöglich machen. Solche Kündigungen dürfen jedoch nicht mit der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin in Zusammenhang stehen (Art. L. 122-25-2 Abs. 2 CT).

3. Mitteilung der Schwangerschaft an den Arbeitgeber

Wird der Arbeitnehmerin vom Arbeitgeber in Unkenntnis ihrer Schwangerschaft gekündigt, so hat sie ihn innert 8 Tagen mittels ärztlichem Zeugnis diesbezüglich zu informieren. Dadurch wird die Kündigung annulliert (Art. L. 122-25-2 Abs. 2 CT).

4. Rechtsfolgen der rechtswidrigen Kündigung

Jeder Verstoß gegen die gesetzlichen Kündigungsvorschriften bewirkt die Nichtigkeit der Kündigung, und die Arbeitnehmerin hat Anspruch auf Schadenersatz (Art. L. 122-30 Abs. 1 CT). Zudem ist ihr das ungekürzte Salär zu entrichten, wie sie es während der Zeit ihres besonderen Kündigungsschutzes bezogen hätte (Art. L. 122-30 Abs. 2 CT). Diese beiden Ansprüche bestehen ausdrücklich kumulativ (1). Einen Wiedereinstellungsanspruch hat die Arbeitnehmerin nicht (2).

(1) Vgl. BRUN/GALLAND I 771 und dort zitierte Rechtsprechung.

(2) VOULET Q7.

Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen die Vorschriften betreffend den Mutterschutz kann strafrechtlich mit einer Busse von sfr. 600.-- bis 2'000.-- geahndet werden (Art. R. 152-3 CT).

5. Adoption

Eine Arbeitnehmerin, welche ein Kind zur Adoption annimmt, ist berechtigt, während 10 Wochen die Arbeit niederzulegen (Art. L. 122-26 Abs. 5 CT). Während dieser Zeit gelten für sie die gleichen Kündigungsschutzvorschriften, wie sie auf Schwangere Anwendung finden (Art. L. 122-27 CT).

6. Elternurlaub

Die Mutter oder alternativ auch der Vater eines Kleinkindes können zu dessen Pflege von ihrem Arbeitgeber die Gewährung eines unbezahlten, maximal 2-jährigen Elternurlaubes verlangen. Dieses Recht haben Arbeitnehmer(innen), welche in Betrieben mit mindestens 200 ständigen Arbeitnehmern seit mehr als einem Jahr arbeiten. Während des Elternurlaubs ruht das Arbeitsverhältnis und ist vom Arbeitgeber nicht kündbar. Nach Ablauf des Urlaubs lebt das Arbeitsverhältnis zu den früheren Bedingungen wieder auf (Art. L. 122-28-2 CT).

D. Militärdienst

Es gelten unterschiedliche Kündigungsschutzregeln je nachdem, ob es sich beim Militärdienst um ein appel sous les drapeaux (Rekrutenschule) oder um ein rappel sous les drapeaux (Aktivdienst) handelt. Im erstgenannten Fall wird das Arbeitsverhältnis automatisch durch das Einrücken des Arbeitnehmers und ohne Kündigung des Arbeitgebers aufgelöst (1). Der Arbeitnehmer hat jedoch nach seiner Entlassung aus dem Militärdienst Anspruch

(1) Vgl. dazu RONGERE 237.

auf die Wiedereinstellung durch den früheren Arbeitgeber (Art. L. 122-18 CT). Im zweiten Fall des *rappel sous les drapeaux* ruht das Arbeitsverhältnis während der Zeit des Militärdienstes. Dies bedeutet jedoch nicht, dass dieses völlig unkündbar wäre. Dem Arbeitgeber ist lediglich die Kündigung wegen Militärdienstes verboten (Art. L. 122-21 CT). Immer beginnt aber eine Kündigungsfrist erst mit Ende des Dienstes zu laufen (Art. L. 122-22 CT). Jede Verletzung dieser Vorschriften und insbesondere die Weigerung, den Arbeitnehmer wiedereinzustellen, machen den Arbeitgeber schadenersatzpflichtig (Art. L. 122-23 CT). Einer neueren Rechtsprechung zufolge kann der Arbeitnehmer unter gewissen Voraussetzungen seine tatsächliche Wiedereinstellung bzw. Weiterbeschäftigung mittels richterlicher Verfügung erwirken (1).

E. Weitere Arbeitnehmer

Verstärkt kündigungsrechtlich geschützt sind Arbeitnehmer, welche ein nebenberufliches öffentliches Amt ausüben, wie beispielsweise Gerichtsgeschworene, Gemeinderäte etc. Das gleiche gilt für Kriegsinvalide, Kriegswitwen und Kriegswaisen sowie für gewisse geistig und körperlich Behinderte. Grössere Betriebe sind ferner verpflichtet, einen gewissen Prozentsatz solcher auf dem Arbeitsmarkt benachteiligter Arbeitnehmer zu beschäftigen (2).

(1) VOULET Q13.

(2) Vgl. dazu BRUN/GALLAND I 507ff.

§ 18 ITALIEN

A. Arbeitnehmervertreter

1. Gesetzliche Regelung

Im Vergleich zu den gewöhnlichen Arbeitnehmern bestehen keine erhöhten Anforderungen an die sachlichen Voraussetzungen einer Entlassung von Arbeitnehmervertretern (membri delle commissioni interne). Ihre Kündigung beurteilt sich somit grundsätzlich nach den allgemeinen Vorschriften, insbesondere denjenigen des Kündigungsschutzgesetzes von 1966 (1). Hingegen besteht ein verstärkter Kündigungsschutz auf Grund von besonderen Rechtsfolgen der widerrechtlichen Kündigung, die zusätzlich zu denjenigen des Art. 18 Abs. 1 - 3 ANStatut (Schadenersatz, Lohnfortzahlung, Wiedereinstellung) (2) zur Anwendung kommen und welche sind:

a) Provisorische sofortige Wiedereinstellung

Auf gemeinsamen Antrag des entlassenen Arbeitnehmervertreters und der zuständigen Gewerkschaft kann der Richter, wenn er die vom Arbeitgeber zur Begründung der Kündigung vorgebrachten Tatsachen und Beweise nicht im Sinne klaren Rechts von vorneherein für zureichend erachtet, noch während des laufenden Kündigungsschutzverfahrens die provisorische Wiedereinstellung anordnen (Art. 18 Abs. 4 ANStatut).

(1) Vgl. z.B. den ausdrücklichen diesbezüglichen Vorbehalt in Art. 6 Abs. 3, parte prima, norme generali, des contratto collettivo nazionale di lavoro 19 maggio 1979 (Aziende grafiche ed affini e aziende editoriali).

(2) Vgl. vorne § 10 F.

b) Busse

Ein Arbeitgeber, welcher der richterlichen Anordnung der sofortigen Wiedereinstellung nicht nachkommt, hat für die Zeit der Säumnis an die Pensionskasse (fondo adeguamento pensioni) eine dem Lohn des Arbeitnehmervertreters betragsmässig entsprechende Busse zu bezahlen (Art. 18 Abs. 7 ANStatut). Dasselbe gilt, wenn sich der Arbeitgeber nach Ergehen des erstinstanzlichen Urteils immer noch weigert, die definitive Wiedereinstellung im Sinne von Art. 18 Abs. 1 ANStatut zu vollziehen.

c) Geltungsbereich

Die dargestellte Regelung gilt für Arbeitnehmervertreter während und bis ein Jahr nach Ende ihres Mandats. Gleicherweise geschützt sind Wahlbewerber während der Zeit ihrer Kandidatur und 3 Monate nach Durchführung der Wahlen (Art. 22 Abs. 2 ANStatut).

d) Anmerkungen

Die Bestimmungen des Art. 18 Abs. 4 - 7 ANStatut betreffend den besonderen Kündigungsschutz der Arbeitnehmervertreter haben ihre Bedeutung im Bereich des Kollektivvertragsrechts. Geschützt wird durch sie nicht primär der einzelne Arbeitnehmer, sondern die gewerkschaftliche Aktivität generell. Es wird deshalb in der Literatur erörtert, ob der widerrechtlich entlassene Arbeitnehmervertreter den Zugang zum Betrieb nicht manu militari erzwingen könne. Die herrschende Anschauung lehnt dies jedoch unter Hinweis auf die als abschliessend zu betrachtende Regelung des Arbeitnehmerstatuts ab, wo als Zwangsmittel nur die Busse vorgesehen ist (1).

(1) Vgl. dazu MANCINI 302, BALETTI 98ff.

2. Kollektivvertragliche Regelung

Neben dem Arbeitnehmerstatut (vgl. Ziff. 1) wird die Entlassung der Arbeitnehmervertreter auch auf kollektivvertraglicher Ebene durch den nationalen accordo interconfederale vom 18. April 1966 (1) geregelt (2). Dessen Art. 14 bestimmt unter Punkt 1, dass zur Entlassung der genannten Funktionäre die Zustimmung der zuständigen Gewerkschaft eingeholt werden muss. Wird diese verweigert, ist die Kündigung durch ein von den Kollektivvertragsparteien eingesetztes Schiedsgericht zu beurteilen (Art. 2 Abs. 2ff Zusatzprotokoll zu Art. 14 Punkt 1). Nach dem Inkrafttreten des Arbeitnehmerstatuts ist die heutige Bedeutung dieser kollektivvertraglichen Regelung umstritten. Gewisse Autoren halten sie durch Art. 18 Abs. 4 - 7 ANStatut als für implizite aufgehoben (3). Andererseits sind diese Bestimmungen auch in zahlreiche spätere Kollektivverträge aufgenommen worden, die nach dem ANStatut in Kraft getreten sind (4).

3. Anfechtung der widerrechtlichen Kündigung als einer antigerwerkschaftlichen Massnahme

Die Anfechtung der widerrechtlichen Entlassung eines Arbeitnehmervertreters erfolgt in der Praxis (5) und gemäss herrschender Rechtsprechung zulässigerweise (6) oft nicht auf dem Wege des Art. 18 Abs. 4 - 7 ANStatut oder Art. 14 des accordo intercon-

(1) Accordo interconfederale per la costituzione ed il funzionamento delle commissioni interne (18 aprile 1966).

(2) MAZZONI 176.

(3) BALLETTI 84.

(4) Vgl. z.B. Art. 5, sezione seconda, disciplina generale, contratto nazionale 16 luglio 1979 (metalmecanici e installatori di impianti).

(5) RIVA SANSEVERINO in Jura Europae 40.50-19.

(6) Vgl. dazu PIFFERI 117ff.

federale vom 18. April 1966 (vgl. Ziff. 1 und 2), sondern über Art. 28 ANStatut, welcher ein rascheres Verfahren und wirkungsvollere Zwangsmittel zur Verfügung stellt. Gemäss dessen Abs. 1 kann die Gewerkschaft eine Massnahme des Arbeitgebers, welche die freie gewerkschaftliche Betätigung hindert oder einschränkt, beim Richter anfechten. Dieser legt dem Arbeitgeber in einem summarischen und beschleunigten Verfahren durch sofort vollstreckbares Urteil unter Strafandrohung gemäss Art. 650 CP die Rückgängigmachung der antigewerkschaftlichen Massnahme auf (Abs. 4).

B. Mutterschutz

Der Mutterschutz wird durch das Gesetz vom 30. Dezember 1971 geregelt (1). Ein absolutes Kündigungsverbot besteht für die ganze Dauer der Schwangerschaft bis Ende des ersten Lebensjahres des Kindes (Art. 2 Abs. 1). Ausnahmen davon bestehen nur bei Stilllegung des Betriebes und bei Vorliegen von ausserordentlichen Kündigungsgründen, die durch die Arbeitnehmerin verschuldet sind (Art. 2 Abs. 3). Hat der Arbeitgeber die Kündigung in Unkenntnis der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin ausgesprochen, so hat diese innert 90 Tagen ein ärztliches Zeugnis beizubringen, ansonsten die Kündigung wirksam wird (Art. 2 Abs. 2). Die ungerechtfertigt entlassene Arbeitnehmerin hat einen gesetzlichen Wiedereinstellungsanspruch (Art. 2 Abs. 2).

(1) Legge 30 dicembre 1971, n. 1204 - Tutela delle lavoratrici madri.

C. Besonderer Kündigungsschutz der Arbeitnehmerin bei Heirat

Gemäss Gesetz Nr. 7 vom 9. Januar 1963 (1) ist jede sogenannte Heiratsklausel (*clausola di nubilato*), d.h. die Vertragsabrede, laut welcher das Arbeitsverhältnis durch die Heirat der Arbeitnehmerin automatisch beendet würde, nichtig (Art. 1 Abs. 1). Nichtig ist des weiteren jede Kündigung wegen Heirat der Arbeitnehmerin (Art. 1 Abs. 2). Für das Vorliegen einer derart motivierten Arbeitgeberkündigung besteht von der Anmeldung der Ehe zur amtlichen Publikation bis ein Jahr nach der Trauung eine gesetzliche Vermutung (Art. 1 Abs. 3). Diese kann vom Arbeitgeber nur widerlegt werden, wenn er einen ausserordentlichen Entlassungsgrund, eine Betriebsstillegung oder das Auslaufen der Arbeit nachweist, wofür die Arbeitnehmerin eingestellt worden war (Art. 1 Abs. 5). Ab Publikation der Ehe bis ein Jahr nach der Trauung ist schliesslich auch jede Eigenkündigung nichtig, welche von der Arbeitnehmerin nicht innert einmonatiger Frist vor dem Arbeitsamt ausdrücklich als ihr eigener, freier Entscheid bestätigt wird (Art. 1 Abs. 4).

Nichtigkeit der Kündigung bedeutet gemäss Art. 2 Abs. 1, dass der Arbeitgeber zur vollen Lohnfortzahlung und zur Wiedereinstellung der Arbeitnehmerin verpflichtet ist. Erklärt diese innert 10 Tagen nach entsprechender Aufforderung durch den Arbeitgeber, ihre Arbeit nicht mehr aufnehmen zu wollen, so wird dies wie eine berechnigte ausserordentliche Kündigung ihrerseits gewertet. In der Folge ist ihr der Lohn bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist zu bezahlen, auf welchen Termin das Arbeitsverhältnis rechtlich endigt (Art. 2 Abs. 2) (2).

(1) Legge 9 gennaio 1963, n. 7. - Divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio -.

(2) VIDIRI 182ff.

D. Invalide

Was die Kündigung invalider Arbeitnehmer betrifft, so gelten folgende Bestimmungen: Die invaliditätsbedingte geringe Arbeitsleistung berechtigt den Arbeitgeber grundsätzlich nicht zur Kündigung. Eine solche ist erst dann zulässig, wenn der Invalide jede Arbeitsfähigkeit verloren hat oder wenn die Invalidität des Arbeitnehmers geeignet ist, die Gesundheit oder das Leben der Arbeitskollegen oder die Sicherheit des Betriebes zu gefährden. Das Vorliegen solcher Umstände ist von einem vertrauensärztlichen Kollegium auf Verlangen des Arbeitgebers zu beurteilen (Art. 10 Gesetz Nr. 482 vom 2. April 1968). Erfolgt die Entlassung ohne diese ärztliche Abklärung oder in Missachtung eines entgegenstehenden ärztlichen Befundes, so hat der Arbeitgeber dem Invaliden bis zu dessen Wiedereinstellung den vollen Lohn zu bezahlen (Art. 20 Abs. 4).

E. Krankheit und Unfall

Es gelten unterschiedliche Regelungen für Arbeiter und Angestellte sowie bezüglich allgemeiner Krankheit, Berufskrankheit und Arbeitsunfall:

1. Kündigungssperrfristen (periodo di comporta)

Für Arbeiter gelten keine einheitlichen gesetzlichen Bestimmungen. Bei Arbeitsunfall und Berufskrankheit einerseits besteht ein Kündigungsverbot, solange Leistungen der obligatorischen Betriebsunfall- und Krankenversicherung (1) erbracht werden, was in der Praxis oft absoluten Kündigungsschutz für die ganze Dauer der Verhinderung bedeutet. Bei gewöhnlicher Krankheit und

(1) Vgl. d.p.r. 30 giugno 1965, n. 1124. - Testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali -.

Nichtbetriebsunfall andererseits sind die gesetzlichen Bestimmungen weniger günstig. Es gelten jedoch auf Grund von Kollektivverträgen zum Teil recht lange Sperrfristen (1).

Für Angestellte gelten gemäss Art. 6 des Privatangestellten-gesetzes von 1924 (2) bei unverschuldeter Verhinderung wegen Krankheit oder Unfall zeitliche Kündigungssperrfristen von drei- bis sechsmonatiger Dauer. Kollektivverträge enthalten in der Regel günstigere Bestimmungen (3).

2. Lohnersatz

Die meisten Arbeiter sind bei gewöhnlicher Krankheit für einen gewissen Lohnanteil obligatorisch versichert. Bei Arbeitsunfall oder im Falle einer Berufskrankheit zahlt die obligatorische Betriebsunfallversicherung ein Taggeld von 60% des Lohnes. Daneben besteht oft auf der Grundlage der Kollektivverträge eine zusätzliche Leistungspflicht der Arbeitgeber (4).

Die Angestellten sind bei Krankheit oder Unfall nicht obligatorisch für den Lohnausfall versichert. Sie haben jedoch gemäss Art. 6 Abs. 5 und 6 des Privatangestelltengesetzes von 1924 gegenüber dem Arbeitgeber einen Lohnfortzahlungsanspruch, welcher im Maximum in den ersten 2 Monaten der Verhinderung den vollen und in den nachfolgenden 4 Monaten den halben Lohn um-

-
- (1) Z.B. max. 12 Monate gemäss Art. 19 contratto nazionale 16 luglio 1979 (metalmecchanici e installatori di impianti).
 - (2) R.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825. - Disposizioni relative al contratto d'impiego privato -.
 - (3) Z.B. max. 12 Monate gemäss Art. 16 contratto collettivo nazionale di lavoro 19 maggio 1979 (aziende grafiche ed affini e aziende editoriali).
 - (4) Z.B. maximale Ergänzungsleistungen bis zu 100% des Lohnes in den ersten 4 Monaten und 50% in den 8 nachfolgenden (vgl. Art. 18 des in N 2 zitierten Kollektivvertrags).

fasst. Die kollektivvertraglichen Regelungen lauten oft günstiger (1).

F. TBC-Kranke

Die an Tuberkulose erkrankten Arbeitnehmer haben gemäss Gesetz vom 14. Dezember 1970, Nr. 1088, Anspruch auf einen 18-monatigen Erholungsurlaub mit vollem Kündigungsschutz und auf anschliessende Wiedereinstellung durch den früheren Arbeitgeber.

G. Militärdienst

Es gelten unterschiedliche Regelungen für Arbeiter und Angestellte sowie für die *chiamata alle armi* (Grundwehrdienst) und die *richiamata alle armi* (Aktivdienst).

1. Chiamata alle armi

Für alle Arbeitnehmer, welche bereits länger als 3 Monate bei demselben Arbeitgeber in Stellung sind, hat ein Erlass vom 13. September 1946 (2) Geltung. Gemäss dessen Art. 1 ruht das Arbeitsverhältnis während der ganzen Zeit der Militärdienstleistung. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Freihaltung seines Arbeitsplatzes. Durch diese Regelung wurde Art. 2111 Abs. 1 CC aufgehoben, wo bestimmt wurde, dass die Einberufung in den Grundwehrdienst den Arbeitsvertrag auflöse. Der Arbeitnehmer hat sich innert 30 Tagen nach der militärischen Entlassung dem

-
- (1) Z.B. maximal 100% des Lohnes in den ersten 6 Monaten der Verhinderung und 50% in den 4 nachfolgenden (Art. 16 contratto nazionale di lavoro 19 maggio 1979, aziende grafiche ed affini e aziende editoriali).
 - (2) D.l.c.p.s. 13 settembre 1946, n. 303. - Conservazione del posto ai lavoratori chiamati alle armi per servizio di leva -.

früheren Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen, ansonst das Arbeitsverhältnis erlischt.

2. Richiamata alle armi

a) Arbeiter

Für Arbeiter hat ein Gesetz vom 3. Mai 1955 Geltung (1). Gemäss dessen Art. 1 Abs. 1 ruht das Arbeitsverhältnis während der ganzen Zeit der Dienstleistung. Der Arbeiter hat Anspruch auf Freihaltung seines Arbeitsplatzes. Nach Entlassung aus dem Dienst hat er sich innert 5, nach längerem Dienst innert 8 Tagen dem früheren Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen, ansonst das Arbeitsverhältnis erlischt (Art. 5 Abs. 1 und 3). Während 3 Monaten nach Wiederaufnahme der Arbeit beim alten Arbeitgeber kann der Arbeiter ausser aus wichtigem Grunde nicht entlassen werden (Art. 5 Abs. 2).

b) Angestellte

Für Angestellte hat ein Gesetz vom 10. Juni 1940 Geltung (2). Während der Zeit des Dienstes geniessen sie absoluten Kündigungsschutz (Art. 1 Abs. 4). Die Angestellten haben in den ersten 2 Monaten der Dienstleistung Anspruch auf Entschädigung des vollen Lohnes (Art. 1 Abs. 1 lit. a). Anschliessend ist ihnen bis zum Ende des Dienstes die Differenz zwischen dem Sold und dem Salär vom Arbeitgeber zu bezahlen (Art. 1 Abs. 1 lit. b).

(1) L. 3 maggio 1955, n. 370. - Conservazione del posto ai lavoratori richiamati o trattenuti alle armi -.

(2) L. 10 giugno 1940, n. 653. - Trattamento degli impiegati privati richiamati alle armi -.

6. ABSCHNITT: KUENDIGUNGSSCHUTZ BEI MASSENENTLASSUNGEN

§ 19 BRD

A. Gesetzliche Definition der Massenentlassung

Eine Massenentlassung liegt vor, wenn

- in Betrieben mit mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als 5 Arbeitnehmer,
- in Betrieben mit mehr als 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern 10% der Belegschaft oder mehr als 25 Arbeitnehmer,
- in Betrieben mit mehr als 500 Arbeitnehmern mehr als 30 Arbeitnehmer

innert 30 Tagen auf Grund einer ordentlichen Kündigung entlassen werden, d.h. tatsächlich aus dem Betrieb ausscheiden (§ 17 Abs. 1 KSchG).

B. Massenentlassungsverfahren

1. Präventive Meldepflicht

Zeichnet sich die Notwendigkeit einer Massenentlassung im Sinne von § 17 Abs. 1 KSchG ab, so hat der Arbeitgeber dem Landesarbeitsamt unverzüglich schriftlich davon Mitteilung zu machen (§ 8 AFG). Diese Mitteilung ist in Bezug auf den Beginn einer allfälligen Sperrfrist gemäss § 18 KSchG (vgl. unten Ziff. 3) von Bedeutung.

2. Anzeigepflicht im konkreten Fall

a) An den Betriebsrat

Steht eine Massenentlassung im Sinne von § 17 Abs. 1 KSchG bevor (vgl. oben A), so hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat rechtzeitig die Entlassungsgründe, die Zahl der zu Entlassenden und die einzelnen Entlassungstermine schriftlich mitzuteilen (§ 17 Abs. 2 KSchG).

b) Anzeige an das Arbeitsamt

Die gleiche Mitteilung hat der Arbeitgeber unter Beifügung einer Stellungnahme des Betriebsrats an das Arbeitsamt zu machen (§ 17 Abs. 3 KSchG). Wird sie unterlassen, sind alle anzeigepflichtigen Kündigungen unwirksam. Zu beachten ist, dass diese Anzeigepflicht für einzelne Kündigungen zeitlich auch rückwirkend entstehen kann und dass, sobald durch genügend sukzessive Kündigungen der Tatbestand der Massenentlassung erfüllt ist, auch bereits vollzogene Entlassungen nachträglich wieder unzulässig werden können.

3. Sperrfrist

Im ersten Monat nach der Anzeige an das Arbeitsamt werden anzeigepflichtige Kündigungen nur mit Zustimmung dieser Behörde wirksam (§ 18 Abs. 1 KSchG). Diese Sperrfrist kann durch das Arbeitsamt bis auf 2 Monate verlängert werden (§ 18 Abs. 2 KSchG). Im ersten Monat nach Ablauf der Sperrfrist sind Kündigungen unter Einhaltung der gewöhnlichen Kündigungsvorschriften zahlenmässig unbeschränkt möglich. Nach diesem Monat sind vom Arbeitgeber die Vorschriften betreffend die Massenentlassung wieder erneut zu beachten (§ 18 Abs. 4 KSchG).

4. Kurzarbeit

Das Arbeitsamt kann während der Sperrfrist die Anordnung von Kurzarbeit bei gleichzeitiger Lohnkürzung bewilligen (§ 19 Abs. 1 und 2 KSchG). Eine Lohnreduktion müssen sich jedoch nur diejenigen Arbeitnehmer gefallen lassen, deren ordentliche Kündigungsfrist bereits abgelaufen ist und die nur noch dank der Sperrfrist im Betrieb verbleiben können (§ 19 Abs. 2 KSchG).

§ 20 ITALIEN

A. Nur Kollektivvertragliche Regelung

Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers bei Massenentlassungen ist in Italien nicht gesetzlich geregelt. Es existieren jedoch für den Bereich der Industrie zwei nationale Kollektivverträge aus den Jahren 1950 (1) und 1965 (2), von denen der frühere durch einen Erlass vom 14. Juli 1960 (3) für allgemeinverbindlich erklärt wurde. Diese beiden Kollektivverträge schränken das Kündigungsrecht des Arbeitgebers materiell nicht ein (4), sondern regeln lediglich das Massenentlassungsverfahren.

B. Definition der Massenentlassung

1. Dauernde Aufhebung von Arbeitsplätzen

Die Massenentlassung wird definiert als Kollektiventlassung,

- (1) Accordo interconfederale del 20 dicembre 1950 per i licenziamenti per riduzione di personale.
- (2) Accordo interconfederale 5 maggio 1965 sui licenziamenti per riduzione di personale.
- (3) D.p.r. 14 luglio 1960, n. 1019. - Norme sui licenziamenti per riduzione di personale dei lavoratori dipendenti dalle imprese industriali -.
- (4) So ausdrücklich Abs. 2 der "premessa" des Accordo 1965 und ebenso Art. 6 Abs. 1 des Accordo 1950.

welche dauernde Personalreduktion bezweckt oder welche wegen Umwandlung der Aktivität des Betriebes notwendig wird (1). Nicht massgebend ist die Zahl der gleichzeitig entlassenen Arbeitnehmer.

2. Vorübergehende Betriebsstillegung

Durch den Kollektivvertrag von 1965 wird auch die vorübergehende Produktionsstillegung geregelt, durch welche mehr als 500 Arbeitnehmer oder in Betrieben mit mehr als 100 Arbeitnehmern mehr als 20% der Belegschaft betroffen sind (Art. 1 Abs. 2).

C. Massenentlassungsverfahren

1. Unterschiedliche Ausgestaltung

Das bei definitiver Betriebsschliessung oder vorübergehender Produktionsstillegung einzuhaltende Verfahren ist unterschiedlich ausgestaltet, was Betriebe mit 11 bis 25 Arbeitnehmern, solche mit 26 bis 100 Arbeitnehmern oder solche mit über 100 Arbeitnehmern betrifft. In den kleinsten Betrieben besteht das Verfahren nur in einem Einigungsgespräch zwischen der Betriebsleitung und dem betrieblichen Arbeitnehmervertreter (delegato di impresa) (Art. 3 Accordo 1950 und 1965). Bei den grösseren Betrieben werden Vermittlungsgespräche auf der Ebene der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen durchgeführt (Art. 2 Accordo 1950 und 1965).

2. Informationspflicht des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber, welcher eine Massenentlassung vorzunehmen beabsichtigt, hat die Kündigungsgründe, die Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer, die Entlassungstermine bzw. die voraus-

(1) Art. 1 Accordo 1950 und 1965.

sichtliche Dauer der Betriebsstillegung seiner eigenen Arbeitgeberorganisation bekanntzugeben, welche ihrerseits die zuständige Gewerkschaft zu informieren hat. Verlangt letztere die Aufnahme von Vermittlungsgesprächen, so sind solche unter Einhaltung genau festgesetzter Fristen durchzuführen und müssen innert längstens 25 Tagen abgeschlossen sein (Art. 2 lit. d Accordo 1950 und Art. 2 Abs. 3 Accordo 1965). Während dieser Zeit darf der Arbeitgeber keine Entlassungen vollziehen.

3. Auswahlkriterien

Der Arbeitgeber hat bei der Auswahl der zu Entlassenden als Kriterien die technische und betriebliche Notwendigkeit, das Dienstalter, die Familienlasten und die allgemeine ökonomische Situation des Arbeitnehmers zu berücksichtigen (Art. 2 Abs. 7 Accordo 1965 und Art. 2 lit. e Accordo 1950). Diese Bestimmungen haben jedoch rein deklaratorischen Charakter, da beide Kollektivverträge keine Sanktionen ihrer Verletzung kennen (1).

D. Wiedereinstellung bei erneuter Betriebsaufnahme

Die anlässlich einer Massenentlassung gekündigten Arbeitnehmer haben Anspruch auf Wiedereinstellung durch den früheren Arbeitgeber, sofern dieser innert Jahresfrist wieder neue Arbeitskräfte einstellt (Art. 4 Accordo 1950 und Art. 5 Accordo 1965).

E. Anwendbarkeit der allgemeinen Kündigungsschutzvorschriften bei Massenentlassungen

Das Kündigungsschutzgesetz von 1966 schliesst in Art. 11 Abs. 2 die Massenentlassungen ausdrücklich von seinem Anwendungsbe-

(1) Vgl. dazu PERSIANI 660.

reich aus, definiert diese jedoch nicht. Ein Teil der Lehre vertritt deshalb die Ansicht, dass die vom Kündigungsschutzgesetz verlangten sachlichen Kündigungsgründe (1) in Bezug auf jeden einzelnen Arbeitnehmer vorzuliegen hätten, da Art. 11 Abs. 2 KSchG nur die Ueberprüfung des der Massenentlassung zu Grunde liegenden Unternehmerentscheids ausschliesse (2). Diese Auffassung wird allerdings von der Rechtsprechung nicht geteilt, welche hier die Einschränkung macht, dass sämtliche Entlassungen als Individualkündigungen zu behandeln sind, falls vom Arbeitgeber das bei Massenentlassungen gemäss den Vorschriften der Kollektivverträge von 1950 und 1965 einzuhaltende Verfahren nicht beachtet wird (3).

§ 21 FRANKREICH

A. Definition der Massenentlassung

Von einer Massenentlassung im gesetzlichen Sinne ist nur zu sprechen, wenn diese aus wirtschaftlichen, konjunkturellen oder strukturellen Gründen erfolgt (Art. L. 321-7 Abs. 1 CT). Nicht als Massenentlassung behandelt wird deshalb die gleichzeitige Entlassung einer Mehrzahl von Arbeitnehmern aus personenbedingten Gründen. Im einzelnen gelten unterschiedliche Regelungen je nachdem, ob mehr oder weniger als 10 Arbeitnehmer innert 30 Tagen entlassen werden und ob es sich um einen Betrieb handelt, welcher normalerweise weniger als 11, 11 bis 49 oder 50 und mehr Arbeitnehmer beschäftigt (Art. L. 321-3 Abs. 1 CT).

(1) Vgl. vorne § 10 A.

(2) PERSIANI 663.

(3) Vgl. dazu SCOGNAMILIO 129ff.

B. Massenentlassungsverfahren

1. Unterrichtung der Arbeitnehmervertretung

Beabsichtigt der Arbeitgeber die Entlassung von weniger als 10 Arbeitnehmern innert 30 Tagen, so hat er vorgängig und bevor er die zuständige Behörde um die für die Massenentlassung nötige Bewilligung ersucht (1), die Arbeitnehmervertretung zu einer Besprechung einzuberufen und diese über sein Vorhaben in informieren und anzuhören. In Betrieben mit weniger als 50 ständigen Arbeitnehmern sind dies die *délégués du personnel*, in Betrieben mit mehr als 50 Arbeitnehmern das *comité d'entreprise*. In den Kleinbetrieben mit weniger als 11 Arbeitnehmern entfällt diese Informationspflicht, weil keine obligatorische Arbeitnehmervertretung besteht. Von der Besprechung des Arbeitgebers mit den *délégués du personnel* ist der zuständigen Behörde ein Protokoll zuzustellen (Art. L. 420-3 II Abs. 2 CT). Das *comité d'entreprise* hat derselben Behörde eine zusätzliche schriftliche Stellungnahme abzugeben (Art. L. 432-4 Abs. 3 CT).

Beabsichtigt der Arbeitgeber die Entlassung von mehr als 10 Arbeitnehmern in 30 Tagen, so sind noch weitere Vorschriften zu beachten. In einem solchen Fall hat der Arbeitgeber der Arbeitnehmervertretung bereits vor der Besprechung alle Informationen über die zu entlassenden Arbeitnehmer, über den Zeitpunkt der Entlassungen und über die wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Gründe zu liefern, welche die Massenentlassung bedingen (Art. L. 321-4 Abs. 1 und 2 CT). Zudem hat der Arbeitgeber Vorschläge zu machen, wie die geplante Massenentlassung allenfalls vermieden und wie die Wiedereingliederung der zu entlassenden Arbeitnehmer in den Arbeitsprozess (*reclassement*) erfolgen könnte (Art. L. 321-4 Abs. 3 CT). Der zu-

(1) Vgl. unten Ziff. 2.

ständigen Behörde sind die genannten Informationen und Vorschläge des Arbeitgebers sowie das Sitzungsprotokoll und die Stellungnahme der Arbeitnehmervertretung zuzustellen (Art. L. 321-4 Abs. 4 CT).

2. Bewilligung der Behörde

Jede Massenentlassung ist von der zuständigen Behörde (directeur départemental du travail et de la main-d'oeuvre) zu bewilligen (Art. L. 321-7 Abs. 1 CT), bevor die einzelnen Kündigungen gegenüber den Arbeitnehmern ausgesprochen werden dürfen. Das Gesuch um eine Bewilligung kann vom Arbeitgeber erst eingereicht werden, wenn die Besprechung mit der Arbeitnehmervertretung durchgeführt worden ist. Steht die Entlassung von mehr als 10 Arbeitnehmern in Frage, haben zwischen dieser Besprechung und der Gesuchstellung 2 Wochen zu liegen (Art. L. 321-5 CT).

3. Umfang der behördlichen Prüfung

Handelt es sich um eine Massenentlassung von weniger als 11 Arbeitnehmern, so findet umfangmässig die gleiche Prüfung statt, wie sie bei einer Individualentlassung aus wirtschaftlichen Gründen erfolgt (1). Das Gesuch des Arbeitgebers ist von der Behörde ebenfalls in der für die Individualentlassung geltenden 7-tägigen Frist zu beantworten.

Handelt es sich hingegen um die Entlassung von mehr als 10 Arbeitnehmern, so prüft die Behörde, ob allfällige Entlassungsrichtlinien beachtet wurden, ob die zur Begründung der Massenentlassung vorgebrachten Tatsachen zutreffen, ob in genügender Weise vom Arbeitgeber Massnahmen getroffen worden sind in Bezug auf die Wiedereingliederung der zu entlassenden Arbeitnehmer in

(1) Vgl. vorne § 11 B.

den Arbeitsprozess und ob die Abgangsentschädigungen korrekt geregelt wurden (Art. L. 321-9 Abs. 1 CT). Ein Entscheid ist von der Behörde innert 30 Tagen zu fällen.

Umstritten ist, wie weit das Prüfungsrecht der Behörden im einzelnen gehen darf. Insbesondere stellt sich die Frage, ob eine unternehmerische Massnahme, welche die Massenentlassung unmittelbar bedingt, auf ihre Notwendigkeit und Zweckmässigkeit hin überprüft werden kann (1). Die Behörden selbst haben die Tendenz, sich diesbezüglich stark zu beschränken (2).

4. Rechtsfolgen der widerrechtlichen Massenentlassung

Ohne behördliche Bewilligung oder in Verletzung der Verfahrensvorschriften durchgeführte kollektive Entlassungen sind zivilrechtlich wirksam. Doch entsteht ein Schadenersatzanspruch der betroffenen Arbeitnehmer (Art. L. 321-12 CT). Zudem kann der Arbeitgeber für jeden widerrechtlich entlassenen Arbeitnehmer zu einer Busse in der Höhe von ffr. 1'000.-- bis 3'000.-- verurteilt werden (Art. L. 321-11 CT).

5. Gerichtliche Anfechtung

Es stellt sich die Frage, ob der einzelne im Zuge einer Massenentlassung entlassene Arbeitnehmer seine Kündigung noch nachträglich beim Zivilrichter wegen mangelnder sachlicher Rechtfertigung anfechten kann (3). Ausdrücklich ist dies im Gesetz nicht geregelt. Gemäss herrschender Anschauung ist eine Anfechtung nur möglich, wenn die Massenentlassung ohne Bewilligung der Behörde erfolgte, sei es dass diese verweigert, sei es dass das Gesuch des Arbeitgebers nicht innert Frist erledigt wurde.

(1) Vgl. dazu RIVERO/SAVATIER 566.

(2) OLLIER 32.

(3) Vgl. vorne § 11 D.

Das gleiche gilt, wenn der Arbeitgeber die behördliche Genehmigung mittels falscher Angaben erschlichen hat (1). Die nachträgliche Anrufung des Zivilrichters ist hingegen grundsätzlich nicht mehr möglich, wenn das Massenentlassungsverfahren korrekt durchgeführt und auch die behördliche Genehmigung auf korrekter Grundlage erteilt wurde (2).

§ 22 OESTERREICH

Gemäss Verordnung vom 19. Januar 1979 zum Arbeitsmarktförderungsgesetz haben im Bereich des Gewerbes, der Industrie und des Handels Arbeitgeber, welche mehr als 100 Arbeitnehmer beschäftigen, Entlassungen von mehr als 5% der Belegschaft dem Arbeitsamt zu melden. Diesem ist jedoch keine Kompetenz erteilt, die Entlassungen zu verzögern oder zu verhindern. Die Meldepflicht dient deshalb lediglich der Arbeitsmarktstatistik.

(1) VOULET S9

(2) Vgl. die diesbezüglichen Ausführungen bei SAVATIER 41ff , ferner FO-Hebdo, Supl. Nr. 1 zu Nr. 1627, 13ff. Für die Zulässigkeit der nachträglichen richterlichen Prüfung jeder Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen PELISSIER 188ff.

ZUSAMMENFASSUNG

In der Schweiz ist der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz in paritätischer Ausgestaltung als Arbeitnehmer- und Arbeitgeberschutz in den Artikeln 336e - f OR geregelt. Neben einer einzigen sachlichen Kündigungsbeschränkung (Art. 336g OR), welche eine ordentliche Kündigung wegen Militär- und Zivildienst untersagt, enthält das OR nur zeitliche Kündigungssperrfristen bei Militär- und Zivilschutzdienst, Arbeitsunfähigkeit, Schwangerschaft und bei vom Bundesrat angeordneten Hilfsaktionen im Ausland (Art. 336e - f OR).

Grundlegend anders konzipiert ist der Kündigungsschutz in den Nachbarländern der Schweiz, wo durch eine Fülle gesetzlicher Vorschriften einseitig zu Gunsten des Arbeitnehmers ein sehr weitgehender Bestandesschutz des Arbeitsverhältnisses garantiert wird. Von vorrangiger Bedeutung ist hier der dem schweizerischen Kündigungsrecht noch nicht einmal dem Begriff nach bekannte sog. allgemeine Kündigungsschutz. Die diesbezüglichen Vorschriften haben für viele Arbeitnehmer das freie Kündigungsrecht des Arbeitgebers beseitigt und die kausale Arbeitgeberkündigung eingeführt. Die ordentliche Entlassung solcher Arbeitnehmer ist nur noch zulässig bei Vorliegen zureichender, vom Arbeitgeber zu beweisender, sachlicher Gründe. Ausnahmslos nichtig ist des weitern jede Entlassung eines Arbeitnehmers wegen dessen Rasse, Geschlecht oder politischer und gewerkschaftlicher Aktivität. Detailliert geregelt ist ferner das Kündigungs- und das Kündigungsanfechtungsverfahren. Unterschiedlich ausgestaltet sind schliesslich die Rechtsfolgen, welche eine widerrechtliche Arbeitgeberkündigung nach sich zieht. Während beispielsweise in Frankreich dem Arbeit-

nehmer nach einer ungerechtfertigten Entlassung lediglich eine Kündigungsabfindung zusteht, kann dieser in der BRD seine Weiterbeschäftigung unter Umständen selbst gegen den Willen des Arbeitgebers durchsetzen. Diesem Ziel dient dort unter anderem ein gesetzlicher provisorischer Weiterbeschäftigungsanspruch für die Zeit des Kündigungsschutzprozesses.

Auch der besondere Kündigungsschutz des Arbeitnehmers ist in den Nachbarländern der Schweiz viel umfassender ausgestaltet. So sind beispielsweise Arbeitnehmervertreter (Betriebsratsmitglieder) während der Dauer ihres Mandats völlig unkündbar. Das gleiche gilt für Arbeitnehmerinnen während der Zeit ihrer Schwangerschaft und während eines allfälligen Mutterschaftsurlaubs. Kündigungsrechtlich bevorzugt behandelt werden des weitem sozial schwache Arbeitnehmer wie insbesondere die Invaliden.

Schliesslich kennen verschiedene Nachbarländer der Schweiz (BRD, Frankreich) ein besonderes Recht der Massenentlassung, welches vorab zur Stabilisierung des Arbeitsmarktes geschaffen wurde, allerdings Massenentlassungen nicht dauernd verhindern, sondern lediglich verzögern kann.

Lebenslauf

- 1951 am 3. Oktober in Zürich geboren.
- 1971 Matura Typ B.
- 1971 - 1976 Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich.
- 1976 Lizentiat der Rechtswissenschaft.
- 1977 - 1978 Auditor bei der Bezirksanwaltschaft Zürich und am Bezirksgericht Zürich.
- 1981 am 15. Juli Promotion zum Doktor der Rechtswissenschaft.

